

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

LE VINDEX

DANS

LA LEGIS ACTIO PER MANUS INJECTIONEM

ET DANS

L'IN JUS VOCATIO

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

PIERRE MARIA

PARIS

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1895



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

LE VINDEX

DANS

LA LEGIS ACTIO PER MANUS INJECTIONEM

ET DANS

L'IN JUS VOCATIO

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le vendredi 20 décembre 1895, à 2 h. 1/2

PAR

PIERRE MARIA

Président : M. P. F. GIRARD, professeur.

Suffragants : { *MM. GÉRARDIN, professeur.*
ESMEIN, professeur.

PARIS

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1895



INTRODUCTION

LES ORIGINES DU VINDEX.

L'existence d'une justice sociale organisée paraît aujourd'hui nécessaire à l'ordre juridique. Le droit serait, semble-t-il, dépourvu de sanction, s'il n'existait une autorité éclairée, impartiale et souveraine pour en assurer l'observation, en réprimant les délits que commettent les individus et en tranchant les conflits qui s'élèvent entre eux. Il est certain cependant que dans les sociétés primitives, où l'État à peine constitué était d'une faiblesse extrême, la satisfaction du besoin de justice était abandonnée à l'initiative et à l'activité individuelles.

C'est l'époque de la justice privée. A-t-on une prétention sur un objet? on s'en empare. La vengeance de l'offensé est l'unique sanction¹ des délits et de la violation

1. Des traces nombreuses du régime de la justice et de la vengeance privées subsistent dans les premières législations, qui, dans leur timide essai de substitution de la justice sociale à la justice privée, s'efforcent, pour détourner l'offensé de la vengeance personnelle, de lui fournir une satisfaction équivalente à celle qu'il se ferait lui-même, et se mettent, pour ainsi dire, à sa place. De là, dans ces législations, notamment dans celle des XII Tables, l'exagération de la réparation ou de la peine, le plus souvent hors de proportion avec le dommage ou l'affront. De là vient aussi que dans l'appréciation des torts, toujours faite par rapport à celui qui les a subis, il n'est tenu aucun compte de l'existence ou de l'inexistence de la faute, ni du degré de la culpabilité de celui qui les a causés. De là, enfin le caractère pénal attribué à toute infraction au droit d'autrui.

des engagements, considérée elle-même comme un délit². Est-ce à dire que le faible, hors d'état de se défendre ou de se venger lui-même, est entièrement à la discrétion du plus fort, et que la répression des offenses dégénère en luttes sauvages où le droit ne triomphe qu'autant qu'il dispose par hasard d'une force physique supérieure? Non, sans doute : la justice privée ne consistait pas simplement en cas isolés et fortuits de réaction victorieuse contre des torts subis ; malgré ses défauts grossiers, elle procurait l'ordre juridique en ce qu'il a d'essentiel, la réalisation sûre et constante du droit. « La force était toujours prépondérante, mais la force se jetait régulièrement du côté du droit³ ».

Cela s'explique par l'intervention des *tiers* dans les querelles particulières. L'injustice cause à ceux même qui en sont simplement témoins, une indignation qui tend à se traduire en une réaction violente contre le coupable⁴.

2. La notion de l'obligation délictuelle a précédé, particulièrement en droit romain, celle de l'obligation contractuelle. Les actes que l'on appellera plus tard contrats, et d'où résultent des engagements licites, ne donnent d'abord naissance qu'à des obligations délictuelles, en ce sens que l'obligation ne commence que lorsque la partie qui devait fournir une prestation, conséquence attendue de l'acte, y manque, que ce soit on non par sa faute. C'est alors seulement, en effet, qu'elle est *coupable* vis-à-vis de l'autre partie et qu'elle encourt sa juste *vengeance*. Cette conception de l'obligation née du délit subsiste dans un texte célèbre de POMPONIUS : parlant au nom du dépositaire qui a restitué le dépôt : *liberabor*, dit-il, *aut, quod verius est, non incidam in obligationem*. L. 81, D. 46,3. *De solut*. La même idée a servi de fondement à la punition de l'*infinitio* : on commet une sorte de délit en niant sa dette. Sur l'antériorité de la notion de délit à celle de contrat, V. la riche bibliographie donnée par BOURCART, *note e*, p. 587 à la suite de sa traduction de l'*Introduction historique au droit privé de Rome* de MUIRHEAD.

3. VON IHERING, *Geist des röm. Rechts*, I, § 11.

4. On sait combien aujourd'hui encore les agents de la justice so-

Les tiers sont excités d'autant plus vivement à prendre parti pour la victime, que l'injustice qui lui est faite est plus certaine, et qu'ils lui sont unis par des liens plus étroits. Or, à l'époque primitive, où la rareté, la publicité et le formalisme des actes juridiques rendent les droits notoires et incontestables⁵, leur violation ne peut être que manifeste. D'autre part, chacun se rattache alors à un groupe social nombreux et puissant. Dans une société où l'Etat ne pourvoit pas à la sûreté des citoyens, les individus ne peuvent rester isolés et réduits à leurs propres forces. La nécessité où ils sont de s'unir pour être forts et respectés maintient et fortifie les liens naturels que la parenté crée

ciale ont parfois de peine à soustraire aux exécutions sommaires de la foule les auteurs des attentats qui soulèvent l'indignation publique. Ne peut-on pas même, en observant les rassemblements que cause dans les villes populeuses la moindre querelle survenue sur la voie publique, constater journellement avec quelle facilité la foule prend parti, et combien il est vrai de dire avec Ihering que la morale populaire a pour sanction la justice populaire ? Ce sont des explosions de l'indignation populaire excitée par une injustice particulière, qui ont occasionné à Rome la chute des décemvirs, la loi Poetelia Papiria, etc... A plus forte raison en était-il ainsi lorsque l'activité individuelle n'était pas limitée par l'intervention de l'Etat, et que les périls quotidiens de la vie primitive développaient une énergie exubérante, qui ne laissait échapper aucune occasion de s'employer ; que l'on songe aux scènes de justice populaire du Far-West américain.

5. Les besoins, simples et peu nombreux, sont en effet satisfaits pour la plupart directement par l'effort individuel ou collectif des membres de la tribu ou de la famille, qui forment une communauté plus ou moins parfaite. Il y a donc fort peu de contrats, et ce n'est guère qu'entre individus appartenant à des groupes différents ; ces individus, rapprochés par la nécessité plus que par la confiance, s'entourent de témoins. De plus, leur intelligence grossière a besoin, pour reconnaître l'existence aux actes juridiques, de les revêtir de formes sensibles qui les matérialisent en quelque sorte, et qui, fixées par la coutume, ont pour effet d'attirer l'attention et de frapper la mémoire des assistants. De tout cela résulte la notoriété des rapports entre les personnes.

entre eux. La communauté des intérêts matériels, comme des intérêts moraux et religieux, établit une solidarité étroite entre les membres de la famille et de la tribu ⁶. Le tort fait à l'un d'eux est ressenti par tous comme une offense : tous se présentent pour assurer la vengeance.

Sans doute, il se peut que l'offenseur trouve également un appui parmi les siens : le conflit particulier dégénère alors en lutte générale, et la force aveugle prévaut. Mais il ne devait en être ainsi que très rarement et seulement quand on pouvait douter de quel côté était le droit ; encore, dans ce cas même, un accommodement à la suite d'un arbitrage devait-il survenir entre les deux partis, pour peu que leurs forces fussent égales, afin de prévenir ou de terminer une lutte préjudiciable à tous. Le plus souvent, l'une des deux causes étant incontestablement mauvaise, ne trouve pas de partisans zélés : le groupe auquel appartient le coupable, plutôt que de s'exposer à cause de lui à l'extermination ou à la servitude, l'abandonne à la vengeance de l'offensé et de ses proches ⁷.

6. Le droit romain notamment a gardé des traces nombreuses de la solidarité primitive dans la constitution de la famille, dont le chef, concentrant entre ses mains tous les pouvoirs, exerce la propriété qui reste commune entre tous les membres (comme en témoigne l'existence des *sui heredes*, des limitations au droit de tester), et dans l'organisation de la *gens*, groupement religieux et civil d'où résultent des droits et des devoirs nombreux, droits de succession, de tutelle, devoirs divers d'assistance : ce sont les gentils qui fournissent les *praedes*, les *vades*, les *vindices*.

7. C'est une sorte de *deditio*, dont on retrouve les traces dans l'histoire politique et dans le droit de Rome. Le Romain qui avait offensé un peuple étranger était abandonné à la vengeance de celui-ci : par exemple, celui qui avait outragé l'ambassadeur étranger, ou le général qui avait conclu avec l'ennemi un traité que le Sénat ou le peuple désavouait. La *deditio* se faisait *ut populus religione solveretur*. V. la formule

C'est ainsi que le respect instinctif de la justice, joint aux préoccupations de l'intérêt collectif, mettait en jeu ou faisait cesser la solidarité, suivant que celui qui l'invoquait avait manifestement raison ou tort, et que l'équilibre des forces était régulièrement rompu à l'encontre du coupable, laissé seul en présence d'un adversaire énergiquement soutenu.

Cet état social primitif, caractérisé par la justice privée, par le formalisme et par la solidarité familiale, grâce à laquelle, dans une cause incontestablement juste, l'individu ne reste pas sans appui, fut certainement celui des premiers Romains, ou tout au moins, celui des peuplades dont l'agglomération forma la cité romaine⁸. Aussi a-t-il laissé dans le développement postérieur du droit romain des traces profondes et nombreuses. J'ai dû le rappeler, car c'est en lui qu'on trouve l'origine et l'explication des institutions de l'ancien droit romain dans lesquelles le *vindex* intervient, et du rôle même du *vindex*, qui doit faire l'objet de cette étude.

Le *vindex*, à l'époque historique est un tiers qui intervient suivant des formes légales :

1° Dans la *legis actio per manus injectionem*, pour faire relâcher le débiteur *judicatus* ou assimilé au *judicatus*, que son créancier a saisi afin de l'emmener d'abord en une

(TIT. LIV., IX, 10. *Quando que hīc homines injussu populi Romani Quiritium foedus ictum iri spoponderunt atque ob eam rem noxam nocuerunt, ob eam rem, quo populus romanus scelere impio sit solutus, hosce homines vobis dedo*). — De même, le père de famille, pour échapper à la vengeance de l'offensé, faisait l'*abandon noxal* du fils ou de l'esclave coupable d'un délit.

8. C'est ce qu'a montré particulièrement IHERING, *Esprit du Droit Romain* (tr. DE MEULENAERE, V. notamment, I, § 11). Dans les notes précédentes, les exemples ont été choisis de préférence dans le droit romain

sorte de servitude et ensuite de le tuer ou de le vendre *trans Tiberim*⁹.

2° Dans l'*in jus vocatio*, pour faire relâcher l'appelé en justice, qui, ayant fait difficulté de suivre immédiatement *in jus* l'appelant, est entraîné par celui-ci de vive force devant le magistrat.

Dans ces deux cas, le *vindex* prétend que les conditions nécessaires pour que la saisie soit régulière ne sont pas remplies, et qu'elle constitue par conséquent un acte de violence arbitraire.

Le *vindex* est donc un tiers qui fait relâcher une personne saisie par une autre. C'est la définition de Festus : *vindex, ab eo quod vindicat quo minus is, qui pressus est ab aliquo, teneatur*¹⁰.

Certains textes littéraires désignent aussi par *vindex* l'*assertor libertatis*, le tiers qui dans le procès de liberté défend celui dont l'état est en question, et obtient sa mise en liberté, au moins provisoire. Le rôle de l'*assertor libertatis* a, en effet, une analogie frappante avec celui du *vindex* proprement dit, et la définition de Festus pourrait s'appliquer à l'*assertor*.

Tel nous apparaît le *vindex* dans les plus anciens monuments du droit romain, notamment dans les XII Tables (I, 4. III, 3). L'origine de cette institution se confond donc avec les origines mêmes du droit romain¹¹. Elle

9. Ceci, du moins sous l'empire de la loi des XII Tables ; car le droit de vendre (ou de tuer le débiteur) a disparu au temps de César, comme il résulte notamment du silence de la *Lex Coloniae Juliae Genetivae*, Cap. LXI, comparée aux XII Tab., et aussi de Cic., *pro Flacco*, 21, 49.

10. FESTUS, v° *vindex*.

11. La loi des XII Tables ne l'a certainement pas créée. Elle n'a guère créé de toutes pièces, comme on sait, d'institutions nouvelles ;

est au moins contemporaine des premiers essais de procédure judiciaire, puisqu'elle se lie intimement à la plus ancienne forme contentieuse des actions de la loi ¹², et au premier mode de citation en justice. Son antiquité reculée semble résulter aussi du rapprochement des divers sens du mot qui la désigne. *Vindex*, dans la langue littéraire, signifie *défenseur*, *vengeur*. N'est-il pas vraisemblable que l'institution juridique à laquelle s'applique techniquement un terme employé d'ordinaire dans cette acception, remonte par ses origines jusqu'à cette époque où la réaction contre l'injustice se confond avec la vengeance ? On n'en peut guère douter, si l'on remarque que le *vindex* intervient précisément dans les procédures où subsiste encore sous la période judiciaire le recours à la force privée. Dans ce *vindex* de la *legis actio per manus injectionem* ou de l'*injus vocatio*, qui prend parti entre deux personnes afin de s'opposer à une violence arbitraire, commise sous les apparences d'un acte légal de justice privée, on reconnaît l'un de ces tiers de l'époque primitive, suscités par la solidarité familiale, qui repoussaient et châtaient l'attaque injuste dirigée contre un de leurs proches, et dont l'intervention, corrigeant l'aveugle répartition des forces entre les adversaires, assurait le triomphe du droit, et rendait possible l'existence d'un certain ordre juridique, malgré l'absence ou la faiblesse des pouvoirs publics. Pour transformer ces défenseurs à main armée en agents procédu-

elle s'est en général bornée à fixer, en les codifiant, des coutumes antérieurement existantes.

12. C'est l'intervention du *vindex* qui fait, comme on le verra, de la *manus injectio* du créancier sur le débiteur une véritable *legis actio*, au sens de procès, V. IHERING. *Esprit du Dr. R.*, p. 459.

raux, il a suffi de régler, en l'entourant de formes, la lutte originaire, de faire de la réalité un symbole.

Si telle est la véritable origine de l'institution, l'étymologie doit la confirmer ou du moins se concilier avec elle. « Le point de départ le plus sûr pour rechercher la nature d'une institution juridique, surtout d'une institution du vieux droit romain, nous est fourni par la langue, c'est-à-dire par le mot même par lequel se peint cette institution dans la conscience du peuple : les deux choses, en effet, langue et droit sont également originaires et sont les produits nécessaires de la vie d'un peuple : le mot n'est que la conception de la chose se manifestant extérieurement. Il en résulte que la nature de l'institution juridique qu'il désigne doit pouvoir être caractérisée d'après lui ¹³ ».

Malheureusement on est loin de s'entendre sur l'étymologie du mot *vindex*. Dans la dernière syllabe *dex*, tous reconnaissent la racine qui a donné *dicere*, *dex*, *qui dicit*, celui qui dit, qui proclame, qui annonce, ou peut-être même, suivant le sens primitif dont témoignerait la forme grecque *δείκνυμι*, celui qui montre ¹⁴. Mais d'où vient la syllabe *vin* ? Les uns pensent qu'elle est là pour *veniam* ¹⁵, d'autres pour *venum* ¹⁶ ; de telle sorte que *vindex* signifierait, dans la première opinion, *qui veniam dicit*, celui qui montre sa faveur, celui qui intervient en faveur d'une per-

13. HUSCHKE, *Ueber das Recht des Nexum*, p. 2.

14. V. OT. MUELLER, *Etymologische Erörterungen von Rechtsausdrücken* (*Rheinisches Museum f. Jurispr.*, vol. V (1833), p. 190 et suiv. — BRÉAL, *L'origine de mots désignant le droit et la loi en latin* (*Nouvelle Rev. histor. de dr.*), VII (1883), p. 611.

15. CORRSSEN, *Ausprache*, II, 272 cité par BRÉAL. V. not. suiv.

16. BRÉAL, *Mémoires de la Société de linguistique*, t. II (1875), p. 318 et *Dict. étymol.*, v° *Vindex*.

sonne ; dans la seconde, *qui venum dicit*, celui qui montre le prix exigé du débiteur, celui qui se porte caution. Ni l'une ni l'autre de ces deux étymologies ne semble devoir être adoptée : la première présente un sens beaucoup trop vague pour une expression juridique ; la seconde, comme d'ailleurs la précédente, « se heurte à une objection tirée de la transformation supposée de l'*e* en *i*, objection que quelques exemples de cas analogues ne suffisent pas à écarter complètement ¹⁷ ». Toutes deux ont de plus le tort de n'avoir pas de rapport avec l'idée de vengeance, qu'exprime le mot *vindex* dans la langue littéraire. Aussi convient-il d'adopter l'opinion, généralement admise, d'après laquelle *vin* tient lieu de *vim*, et *vindex*, de *qui vim dicit*. Mais que signifie cette dernière expression ? Sur ce point encore les avis sont partagés.

D'après l'interprétation qui semble la plus suivie, *vis* désigne la force du *vindex*, qu'il se propose de mettre en jeu ¹⁸. Il est donc celui qui montre sa force propre prête à agir, celui qui annonce qu'il va recourir aux moyens violents. Cette signification s'accorde, dit-on, avec le rôle joué par le *vindex* dans la *legis actio per manus iniectionem* et dans l'*in jus vocatio*. Car le *vindex* y intervient pour faire relâcher une personne emmenée de vive force, et c'était sans aucun doute, à l'origine, en opposant ou en me-

17. GAUCKLER, *Etude sur le vindex* (Nouv. Rev. histor. de dr., XIII, (1889), p. 605.

18. V. OT. MUELLER, *loc. cit.*, p. 192. — FREUND, *Dictionn.* (tr. THEIL), v° *Vindico*. — RUDORFF, *Römisch. Rechtsgesch.*, II, § 36, p. 128 et notes 4, 5, 6. — EXNER, *Zeitschr. f. Rechtsges.*, XIII (1878), p. 394. — VOIGT, *XII Tafeln*, I, § 58, p. 577, notes 15 et 16. — MUIRHEAD, *Introd. histor. au dr. pr. de Rome* (trad. BOURCART), p. 2, n. 14. — GAUCKLER, *loc. cit.*, pp. 605, 606,

naçant d'opposer la force à la force. L'idée de violence n'est-elle pas aussi très voisine de l'idée de vengeance qu'exprime aussi le mot *vindex*? De plus, le sens primitif qui lui est ainsi attribué est en harmonie avec l'état social au milieu duquel se sont formées les plus anciennes idées juridiques. Le droit, à l'origine, a son fondement dans la puissance et il s'exprime par le mot *manus* ¹⁹; avoir droit sur quelqu'un ou sur quelque chose, c'est l'avoir en son pouvoir, à sa discrétion, sous sa main, *in manu*; exécuter le droit, c'est faire acte de force; *vis*, ce serait la force par laquelle le droit se réalise ²⁰. On sait d'ailleurs que justice primitive et vengeance privée sont presque synonymes, et comment l'intervention de tiers prêts à *montrer leur force*, pour défendre et venger un de leurs compagnons injustement attaqué, empêchait la violation du droit ²¹.

Le rapprochement des deux mots *vindex* et *vindicia*, dont la parenté est certaine, vient encore, suivant M. Gauckler ²², confirmer ces arguments. Le sens premier de *vindicia* nous est donné par Aulu-Gelle: *vindicia, id est correptio manus in re atque in loco praesenti apud praetorem* ²³. C'est l'acte de violence, fictive sans doute par la suite,

19. V. MUIRHEAD, *loc. cit.*, p. 30 et n. 3, p. 79 et n. 81. — VIOLLET, *Hist. du dr. fr.*, p. 243 et s., p. 412 et s.

20. V. GAUCKLER, *loc. cit.*, p. 505.

21. A l'appui de ce système, on peut invoquer l'étymologie de *vindiciae* d'après FESTUS: *vindiciae appellantur res eae de quibus controversia est, quod potius dicitur vis quam fit inter eos qui contendunt*, et le passage d'AULU-GELLE, XX, 10, 10: *vim illam civilem et festucariam quae verbo diceretur, non quae manu fieret*. Mais on sait le peu de confiance que méritent les étymologistes romains.

22. *Op. cit.*, p. 606, 607.

23. *Noct. Attic.*, XX, 10.

mais réelle à l'origine, par lequel le droit est mis à exécution. Dans la *vindicia* en général il faudrait voir l'action du *vindex*, celle que désigne le vieux mot *vindicere*. « Le *vindex* primitif est donc celui qui saisit un homme ou une chose en usant de violence envers son adversaire. C'est celui qui revendique, au sens très large, dans son intérêt ou en faveur d'un tiers, *vindicia* signifiant la revendication, *vindicere*, l'action de revendiquer ». Que si *vindex* a pris par la suite un sens beaucoup plus restreint, cessant de s'appliquer à celui qui revendique pour soi, et désignant seulement le tiers qui intervient pour autrui dans certaines hypothèses spéciales ; si l'antique mot *vindicere* a disparu, remplacé par *vindicare* ; si *vindicia* a pris le sens nouveau de chose revendiquée ²⁴, cela tient à un changement profond : le combat véritable est devenu une lutte pacifique ; à l'emploi réel de la force a succédé l'emploi fictif. « Les plaideurs ne montrent plus la force, *vis*, ils se contentent de l'annoncer : revendiquer, ce n'est plus *vindicere*, c'est *vindicare* : entre *dicere* et *dicare* il y a précisément toute la différence qu'il y a entre la réalisation immédiate de l'acte et la simple indication qu'on pourrait y recourir ultérieurement ». Plus de lutte réelle, donc plus de *vindicia* au sens premier ; le mot cesse bientôt de désigner la *correptio manus*, devenue un symbole, une simple formalité, et ne s'applique plus qu'à la chose revendiquée, puis à la possession et aux fruits de la chose pendant le débat. La revendication ayant perdu son caractère violent, le *vindex*, enfin, ne peut plus désigner quiconque revendique ; le mot ne s'applique plus à celui qui procla-

24. V. not. 21.

me le droit, en le soutenant de l'emploi dorénavant fictif de la force, que dans le cas où son intervention produit les effets instantanés de l'ancienne violence réelle, dans la *manus injectio* et dans l'*in jus vocatio*, où elle fait immédiatement relâcher le débiteur ou l'appelé saisi.

L'étymologie, d'après cette opinion, confirmerait pleinement l'origine primitive que nous avons cru reconnaître à notre institution, puisqu'elle indiquerait que l'intervention du *vindex* a dû d'abord ses effets à l'emploi effectif de la force. Ce serait là un argument puissant, qu'il faut cependant abandonner, car il a été donné une interprétation différente, qui semble plus exacte, du sens original du mot *vindex*.

Ce mot résulte bien de la combinaison de *vis* et de *dicere*, mais ce qu'il faut entendre par *vis*, ce n'est pas la force que déploie le *vindex* lui-même, mais la violence à laquelle il s'oppose, celle de l'agresseur ²⁵. Le *vindex* est donc celui qui montre la violence commise par autrui, celui qui dit qu'il y a violence, que l'action d'autrui constitue une violence injuste. Cette définition étymologique s'accorde avec le sens littéraire du mot *vindex* : la défense

25. POLENAAR (*Edit. des Inst. de Gaius*, IV, 16), cité par DUBOIS, *Inst. de Gaius*, p. 404, n. 31 bis : « *Ut autem iudex est is, qui iudicat, ubi et quid sit ius, sic vindex ubi et quae sit vis demonstrat* ». V. surtout HUGO KRUEGER, *Gesch. der capitis deminutio*, pp. 192 et suiv. d'après qui *vindex* signifie *qui vim esse dicit*, celui qui affirme qu'il y a violence. — O. GRADENWITZ, *Zwangsvollstreckung und Urtheilssicherung (Festgabe für Rud. von Gneist zum Doctor Jubiläum)*, p. 289, n. 13 : « le *vindex* intervient entre le créancier et le débiteur, empêche par là plus de violence (*weitere Gewalt*) et défend le débiteur ». — Déjà MOMMSEN, *Röm. Geschichte* (7^e édit.), vol. 1, pp. 152, 153, faisait dériver le mot *vindex* de *vim indicere*, c'est-à-dire montrer au roi la violation qu'on subit de sa propriété (*die Verwaltung seines Eigenthumes*).

suppose l'attaque et la vengeance n'est qu'une réaction contre l'offense. Elle correspond surtout très exactement au rôle du *vindex* dans la *legis actio per manus injectionem* et dans l'*in jus vocatio*, où il apparaît seulement pour faire cesser une saisie déjà opérée et qu'il prétend n'être, à cause de son illégalité, qu'une voie de fait arbitraire. S'il y met obstacle, ce n'est pas d'ailleurs de vive force, en engageant avec le saisissant une lutte réelle, violente, où le plus fort physiquement triomphera, c'est par l'effet juridique de son intervention. Sans doute, à l'époque primitive, le tiers qui entreprend la défense d'autrui était bien obligé de repousser la violence par la violence ; mais quand la *legis actio per manus injectionem* se fut établie comme institution régulière, et que l'existence d'un magistrat eût fait sentir le besoin d'une *in jus vocatio*, la résistance du *vindex* fut toute procédurale et ne garda de l'ancien recours à la force que l'apparence et que la forme extérieure. Le *vindex* serait donc improprement désigné dans la *legis actio per manus injectionem* et dans l'*in jus vocatio* par un mot qui signifierait : celui qui met en œuvre la force privée.

C'est au contraire au *manum injiciens* et à l'*in jus vocans* que ce terme s'appliquerait très exactement. En effet, si l'on devait considérer comme étant un *vindex* à l'époque primitive quiconque « saisit un homme ou une chose en usant de violence », l'agresseur qui prétendait se faire justice à lui-même en eût été un apparemment. Du temps de la lutte violente, origine première de la *legis actio*, et le saisissant et le défenseur auraient justifié par leurs actes le nom de *vindex*. Mais comment, plus tard, aurait-on employé, pour spécifier le tiers intervenant, un terme qui non seulement aurait convenu aussi bien à son adver-

saire à l'époque antérieure, mais qui lui aurait convenu beaucoup mieux depuis que s'était établie la procédure des actions de la loi? Car, si par le mot *vindex* on eût encore pu, à la rigueur, désigner ceux dont l'intervention, avec l'emploi purement fictif de la force, produisait cependant les effets immédiats de la force réellement appliquée, à plus forte raison eût-on dû garder ce nom à ceux qui, comme le *manum injiciens* ou l'*in jus vocans*, continuaient à exécuter eux-mêmes effectivement, et non pas seulement d'une manière figurée et symbolique, leur droit par la force.

Mais si le *vindex* est celui qui proteste contre la violence, on comprend très bien qu'il ne prenne jamais l'initiative de la lutte. Comme il faut avoir été offensé pour avoir à se venger, il faut qu'il y ait eu d'abord une voie de fait pour qu'on ait à en dénoncer l'injustice : c'est, dans la *legis actio per manus injectionem* et dans l'*in jus vocatio*, la saisie illégitime du *manum injiciens* et de l'*in jus vocans*. Le rôle du *vindex*, qu'on prenne celui-ci au sens littéraire ou au sens juridique, consiste à réagir contre les abus de la force. Il a été à ce point de vue très nettement caractérisé par Cicéron dans le passage où il donne à la fois l'explication du mot *vindicatio* et de l'idée qu'il exprime : *vindicatio, per quam vis aut injuria et omnino omne quod obfuturum est, defendendo aut ulciscendo propulsatur* ²⁶.

Ne peut-on pas objecter cependant que *vindicare*, *vindicix*, comme *vindicatio* même, tous mots dont la parenté

26. CICÉRON, de *Invent.*, II, 53, 161 ; V. aussi *eod op.*, II, 22, 66 : *vindicationem esse per quam vim et contumeliam, defendendo aut ulciscendo propulsamus a nobis, et a nostris, qui nobis esse cari debent, et per quam peccata punimus.*

avec *vindex* n'est pas douteuse, désignent aussi et surtout l'offensive dans la lutte judiciaire ? Il est certain que *vindicare* et les mots qui en sont formés dérivent de *vindex*, venu lui-même de *vim dicere* ou *vindicere*. De même, *jus dicere* a donné *judex*, d'où *judicare* ; *manu capere*, *mancipare*, qui a conduit à *mancipare*. Mais au cours de la dérivation le sens primitif s'est modifié : *vindicere* et *vindicare* ne sont pas synonymes. *Vindicere*, qui ne se dit que du *vindex*, exprime quel rôle il joue dans la contestation par rapport à l'adversaire ; *vindicare*, qui deviendra beaucoup plus compréhensif, commence par désigner aussi l'action du *vindex*, mais considérée par rapport à l'objet litigieux. *Vindicere*, c'est dire qu'une autre personne qui vient de saisir un homme ou une chose, sur laquelle il prétend faussement avoir un droit, a par là commis un acte de violence ; c'est protester contre cette violence et s'y opposer : ce terme, contenant en soi l'idée d'une contradiction élevée contre une prétention précédemment émise par un autre, et faisant allusion à l'acte par lequel cette prétention s'est traduite, ne peut s'appliquer qu'au rôle de la défense. *Vindicare*, c'est, originairement, soustraire à la violence qui vient d'être commise l'objet sur lequel elle a porté. De ce sens premier, soustraire à la violence d'autrui, est dérivé le sens plus général d'enlever, de saisir pour soi ou dans l'intérêt de la personne saisie, dont témoignent plusieurs textes²⁷ ; de même, *vindicia* a signifié *correptio ma-*

27. V. PAUL, *Sent.*, V, 26, § 4 : *Creditor chirographarius, si sine jussu praesidis per vim debitoris sui pignora, cum non haberet obligata, ceperit, in legem Juliam de vi privata committit. Fiduciam vero et pignora apud se deposita persequi et sine auctoritate judicis vindicare non prohibetur.* — SERVILIUS, *ad Aeneid.*, X, v. 419 : *Manus injectio dicitur quoties, nulla judicis auctoritate expectata, rem nobis debitam vindicamus.* V. aussi ULPICIEN,

*nus*²⁸. Dès lors, comme dans les anciennes procédures chacun des deux adversaires saisissait et cherchait à enlever à l'autre l'objet litigieux, *vindicare*, désignant ce qu'il y avait de commun aux parties, arriva rapidement à la signification générale : prétendre un droit sur un objet déterminé. Le terme s'appliqua si bien à l'initiative du demandeur ou premier saisissant, que l'on dut, pour plus de clarté, spécifier par l'adjonction de *contra* la *vindicatio* exercée dans un but de résistance. *Vindicare* se détacha ainsi, au point de vue du sens, du mot racine *vindex*, et, après avoir commencé par ne s'appliquer qu'à la défense, finit par ne plus désigner que la demande. A l'époque formulaire, le *vindicans* est uniquement le demandeur dans l'action réelle. *Vindicare* n'appartient d'ailleurs pas à la très ancienne langue latine ; c'est un mot relativement jeune, comme *judicare*, *mancipare*, et comme la plupart des formes verbales de cette sorte²⁹.

On ne saurait donc tirer de la signification que reçut le

1. 1, *ad Ed.*, L. uniq. D. § 1, *Si quis jus dic. non obtemp.*, 2, 3. — V. le sens de *vindicatio* d'après Cicéron, note précédente. — MEISTER, *Vindex et Vas (Selectorum opusculorum Sylloge*, Gottingue, 1766), pp. 279 et s., fait avec raison de *vindicare* un synonyme d'*auferre*.

28. AULU-GELLE, XX, 40.

29. Un développement parallèle s'est produit ayant pour point de départ *jus dicere*, d'où est dérivé *judex*. Ce terme s'applique d'abord au magistrat, *qui jus dicit*, plus tard, après la séparation du *jus* et du *judicium*, aux centumvirs et aux autres juges, dont l'action fut désignée spécialement par le mot *judicare*, tandis que *jus dicere* s'appliquait toujours exclusivement au magistrat. De même, de *manu capere* est venu *manceps* et de là, *mancipare*. — On ne rencontre pas *vindicare* dans les fragments qui nous sont parvenus de la loi des XII Tables, où l'on trouve *vindicere* ; mais *vindicare* se rencontre dans les formules de l'*actio sacramenti* telles que Gaius nous les a transmises, IV, 16. — Sur le sens des mots *vindicere* et *vindicare*, Comp. HUGO KRUEGER, *op. cit.*, pp. 209 et s.

mot *vindicare* une objection contre l'explication que nous avons adoptée du mot *vindex*.

On voit, de plus, d'après tout ce qui a été dit, que ce dernier terme convient fort bien à ces tiers primitifs qui protestaient et réagissaient contre la violence dont avait à souffrir quelqu'un des leurs. Leur rôle, dans lequel j'ai vu l'origine première de celui du *vindex* de la *legis actio per manus injectionem* et de l'*in jus vocatio* organisées, rentre dans la notion exprimée par *vindicere*. Ces termes d'ailleurs, *vindex*, *vindicere*, d'après les explications précédentes, sont d'une compréhension plus large, puisqu'ils peuvent désigner toute défense, toute résistance contre les abus de la force, qu'elle provienne d'un tiers ou de celui même qui en souffre dans sa personne ou dans ses biens. Comment se fait-il qu'ils se soient spécialisés, et que sous les actions de la loi, *vindex*, au lieu de s'appliquer d'une façon générale à tout défendeur, ne désigne plus que les agents procéduraux qui interviennent dans les deux seuls cas de la *legis actio per manus injectionem* et de l'*in jus vocatio*? C'est que la distinction des divers droits qui peuvent s'exercer sur les personnes ou sur les choses, d'abord inconnue, s'est faite peu à peu. La main-mise, moyen toujours identique à lui-même, à l'origine, d'exercer ce pouvoir unique et confus qui représentait à lui seul toute idée de droit, réel, personnel ou de famille, et qui consistait à en avoir l'objet à sa discrétion, s'opéra avec des intentions différentes, et se diversifia en même temps que le pouvoir même qu'elle réalisait. Le pouvoir que le saisissant prétendait exercer sur un homme ou sur une chose à titre de propriétaire, et celui qu'il prétendait exercer comme vengeance, à titre de créancier, sur un débiteur insolvable

ou sur un offenseur, devenant différents, les saisies par lesquelles ils étaient mis à exécution durent aussi différer entre elles. Dès lors, des droits divers ou des sanctions diverses ne pouvaient plus être désignés par un mot unique ; *manus*, *manus injectio* furent employés dans des acceptions particulières. Il en fut de la résistance à la main-mise comme de la main-mise elle-même : le but dans lequel elle se fit varia suivant les cas, et comme *manus injectio* prenait un sens précis, *vindicere* aussi se spécialisait et se restreignait dans son application.

Pourquoi, maintenant, est-ce aux deux hypothèses de la *legis actio per manus injectionem* et de l'*in jus vocatio*, lorsqu'une procédure régulière s'établit, que les termes *manus injectio*, *vindex* s'appliquèrent techniquement ? Parce que c'est dans ces deux cas que subsiste le plus purement le recours à la force privée : il caractérisa l'action de la loi exécutive et l'ancienne citation ; aussi, lorsqu'il était abusif, ces deux procédures étaient-elles tout particulièrement entachées de violence. La résistance qu'on y opposait pouvait être nommée tout spécialement la résistance contre la violence : c'était la réaction contre l'injuste emploi de la force, proprement dite, dans son emploi judiciaire le plus caractéristique et sous sa forme la plus manifeste.

J'étudierai successivement dans ces deux cas, la *legis actio per manus injectionem* et l'*in jus vocatio*, l'institution du *vindex*.

PREMIÈRE PARTIE

LE VINDEX DE LA LEGIS ACTIO PER MANUS INJECTIONEM.

CHAPITRE PREMIER

DE LA NÉCESSITÉ D'UN VINDEX DANS LA LEGIS ACTIO.

Le premier progrès de la justice primitive, son premier acheminement vers la justice sociale organisée, fut la réglementation et la régularisation de la justice privée et de la vengeance. Le désir de distinguer aux yeux de tous d'un acte de violence arbitraire et sans cause avouable la réalisation d'une prétention légitime ou la juste réaction contre un tort incontestable, amena celui qui se faisait justice à observer des formes qui mettaient en évidence le caractère équitable de l'acte qu'il accomplissait. En en manifestant ainsi la régularité, il s'assurait l'assentiment de l'opinion publique, l'abstention des parents et des amis de celui contre qui il agissait, et au besoin l'appui des membres de sa famille ou de sa *gens*.

Le genre de satisfaction privée le plus naturel, c'est de s'emparer de l'objet auquel on a droit, ou de la personne de l'auteur du tort qu'on a subi, de la personne d'un débi-

teur récalcitrant par exemple, soit pour se venger sur lui par des châtiments, soit pour le contraindre à des travaux dont le profit servira d'indemnité pour le préjudice qu'il a causé¹. Aussi fut-ce par la saisie solennelle de la chose dont on se prétendait propriétaire que s'exerça à Rome l'action réelle dans sa forme originaire²; et ce fut une prise de corps opérée par le créancier sur le débiteur, régularisée par l'emploi de formes solennelles, qui devint la première procédure par laquelle fut sanctionné le droit

1. Il semble que les anciennes mœurs romaines témoignent d'une véritable prédilection pour cette sorte de sanction qui consiste à s'emparer de la personne de l'offenseur, du débiteur, — ou, aussi, du fils, de l'esclave ou de l'affranchi que le père de famille voulait replacer sous sa puissance. V. les textes cités par ZIMMERN, *Actions*, trad. ETIENNE, § XLIV, n. 3, 4, 5. V. aussi IHERING, *Esprit*, I, p. 132, et ORTOLAN, *Législut. rom.*, III, p. 500.

2. Le type de la forme primitive de la revendication ou action réelle semble être fourni par la *legis actio in rem* telle que la décrit Gaius (IV, 16), jusqu'à la *provocatio sacramento* exclusivement. Les deux adversaires saisissent chacun la chose disputée, l'esclave, pour prendre l'exemple de Gaius, et se la disputent les armes à la main, disant chacun : *hunc hominem meum esse aio*. Le roi intervient pour rétablir l'ordre : *Mittite ambo hominem*. On peut supposer aussi un conflit sur les limites contestées de deux champs voisins. L'idée du *sacramentum* est une idée procédurale tout à fait indépendante, dont l'origine et la signification sont ici hors de cause. Il y eut sans doute une *vindicatio*, une action réelle, aussi ancienne que la *legis actio per man. inj.*, probablement très voisine et se confondant presque avec elle. Car plus on remonte dans le passé, plus on trouve d'uniformité; à mesure que le temps s'écoule, les institutions s'individualisent. Cf. BEKKER, *Aktionen*, I, ch. III, p. 58 et suiv. Suivant Bekker, la *leg. act. sacramenti in rem* est postérieure à la *leg. act. p. m. inj.* On ne peut objecter avec WACH, sous KELLER, *Civilprocess*, 6^e édit., not. 250, la nature élémentaire du *meum esse aio*, puisqu'il est indépendant du *sacramentum*. Quant à l'*act. sacramenti in personem*, il est tout à fait vraisemblable qu'elle est plus récente que l'*act. p. m. i.* V. particulièrement BEKKER, *Akt.*, I, p. 20 et suiv.

Sur tout ce qui précède V. GRADENWITZ, *loc. cit.*, p. 284 et suiv., notamment p. 289 et 294, n. 21.

d'obligation, la *legis actio per manus injectionem*. Les formes de cette *legis actio*, la seule dont nous ayons à nous occuper, nous sont connues, pour l'époque postérieure aux XII Tables, par des fragments de cette loi et de la *lex Coloniae Juliae Genetivae* et les explications d'Aulu-Gelle et de Gaius³.

Après un délai de grâce de trente jours accordé par la loi au débiteur⁴, le créancier pouvait mettre la main sur lui dans le lieu où il le rencontrait⁵, puis il l'amenait de-

3. Tab. III. — *Lex Col. Jul. Genet. Cap. LXI*, — GELLIUS, *Noct. Attic.*, XX, 1. — GAIUS, IV, 22 et suiv.

4. AERIS CONFESSI REBUSQUE JURE JUDICATIS TRIGINTA DIES JUSTI SUNTO. Sur le point de savoir si cette disposition ne s'appliquait qu'aux *confessi* et aux *judicati*, v. plus bas, n. 12. Sur l'AERIS CONFESSI, indépendamment des autorités citées plus loin, v. HUSCHKE, *Nexum*, p. 14, n. 17, et *das alte röm. Jahr.*, p. 361, append. G. — KARLOWA, pp. 154 à 156. — DEMELIUS, *Confessio*, p. 60 et s.

5. POST DEINDE MANUS INJECTIO ESTO. Suivant KARLOWA, p. 156, le sens de ces mots est : « là-dessus doit avoir lieu la procédure de la mainmise ». Ils ne se rapporteraient pas uniquement à la première saisie extrajudiciaire du *damnatus*, mais à toute la procédure qui est ensuite organisée dans le détail. — Je crois plutôt que, par ces mots, les XII Tables font allusion à la saisie extrajudiciaire du débiteur par le créancier. Je crois aussi que cette saisie avait lieu suivant des formes consacrées. Il faut cependant tenir pour certain, comme on le verra plus loin, que les gestes et les paroles solennels que rapporte Gaius, avaient lieu *in jure*. C'est qu'à partir du moment où il fut nécessaire d'aller devant le magistrat, on dut renouveler devant lui la saisie déjà opérée hors de sa présence, et qui antérieurement suffisait à elle seule. Peut-être est-ce aux XII Tables qu'il faut attribuer l'innovation consistant à imposer le détour devant le magistrat dans tous les cas, dans tous ceux du moins où le débiteur refuse de suivre de plein gré le créancier chez lui. Avant elles, il n'aurait été nécessaire d'aller *in jus* que sur l'intervention d'un *vindex*. On comprend alors très bien le langage des décevirs. Par les mots POST DEINDE M. INJ. ESTO, ils désignent la *man. inj.* qui était déjà usitée ; puis ils prescrivent d'aller devant le magistrat, évidemment pour renouveler solennellement la saisie et la faire approuver par une *addictio*. Depuis cette époque, la *leg. act. p. m. inj.* apparaît comme une procédure judiciaire (introduite par un

vant le magistrat. A l'origine, la procédure était sans doute purement extrajudiciaire : le créancier, après avoir saisi le débiteur, l'emmenait directement chez lui ; mais le détour devant le magistrat est devenu obligatoire, au moins depuis la loi des XII Tables qui le prescrit⁶. *In jure*, ont lieu les solennités essentielles de la *legis actio*⁷. Le créancier fait le geste de s'emparer du débiteur, *manum injicit*, et en même temps prononce une formule qui indique la cause de cette prise de corps. Gaius nous rapporte les paroles solennelles qui étaient prononcées dans l'hypothèse d'une dette de somme d'argent résultant d'un jugement et il indique le geste qui

acte extrajudiciaire qui existait seul à l'origine). C'est dans cet état que Gaius et Aulu-Gelle la décrivent, et que je l'étudie. Avant cette période, nous sommes réduits aux conjectures.

6. IN JUS DUCITO.

7. A partir du moment où fut requise la comparution devant le magistrat, c'est toujours en sa présence qu'ont lieu les solennités caractéristiques de la *leg. act.* (A supposer que la saisie extrajudiciaire continue à se faire solennellement, il faut toujours la recommencer *in jure*). Cela résulte de l'exposé de GAIUS, IV, 21. *Qui agebat sic dicebat... et simul aliquam partem corporis ejus prendebat. Nec licebat judicato manum sibi depellere et pro se lege agere ; sed vindicem dabat... qui vindicem non dabat domum ducebatur....* La *domum ductio* suivait donc immédiatement la saisie solennelle que décrit Gaius. Or, d'après les XII Tab., l'*in jus ductio* devait précéder la *domum ductio* (Tab. III, 2 et 3). C'est donc que cette saisie solennelle était opérée *in jure*. De plus, nous savons par GAIUS, IV, 29, que les solennités essentielles des actions de la loi, la *pign. cap.* exceptée, devaient avoir lieu *apud praetorem*.

Une confirmation remarquable nous est fournie par la représentation de la *l. a. p. m. i.*, retrouvée sur un sarcophage datant de l'introduction de l'art étrusque à Rome. HELBIG, *Bull. dell. institut.*, p. 90 et suiv. Un homme est assis sur une chaise curule, près d'une table. Il montre du doigt une personne derrière la table, affaissée, les bras élevés comme pour supplier. Un troisième figurant la saisit. Un quatrième sur une chaise plus basse semble écrire. Cinq témoins assistent à la scène. On retrouve là le magistrat qui *addicit*, le débiteur saisi, le créancier saisissant, le greffier du magistrat.

les accompagnait. *Qui agebat sic dicebat* : QUOD TU MIHI JUDICATUS (*sive* DAMNATUS) ES⁸ SESTERTIUM X MILIA QUANDOC NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIUM X MILIUM JUDICATI MANUS INJICIO : *et simul aliquam partem corporis ejus prendebat*⁹. Puis le créancier, autorisé par une *addictio* du prêteur¹⁰, l'emmenait dans sa maison et, à moins qu'il

8. Sur les mots *judicatus sive damnatus*, de nombreuses opinions ont été émises : suivant BEKKER, *Aktion*, I, p. 25, n. « il faut sans doute tenir le Q. T. M. J. S. D. E. pour la forme originale de la *m. inj.*, employée dans tous les cas, même contre le *nexus* ». *Sive*, d'après cela, appartiendrait à la formule. Ce dernier point est admis aussi par BETHMANN-HOLLWEG, I, p. 159, pour qui les mots *judicatus* et *condemnatus* seraient synonymes. IHERING, *Geist.*, I, p. 174 considérerait plutôt *judicatus* comme figurant seul à l'origine et *condemnatus* comme ayant été ajouté plus tard. Pour ORTOLAN, *judicatus* se réfère peut-être aux obligations provenant de contrats, *damnatus* aux obligations provenant de délits (III, p. 504, n. I). KARLOWA, *Röm. civilpr. z. Zeit. der legis act.*, p. 60 et suiv., tâche d'établir que *judicatus sive damnatus* mettent en relief la distinction entre les jugements qu'il ramène à la distinction des *lites* et des *jurgia*, base de son système assez arbitraire. Je suis enclin à admettre avec RUDORFF (*Zeitschr. für gesch. Rw.*, XIV, p. 366) que *judicatus* se rapporte au cas d'obligation résultant d'un jugement, ce qui paraît certain à DEMELIUS, *Confessio*, p. 53, *condemnatus* aux autres cas d'obligation par suite de *damnatio*, et que *sive* est un mot du commentaire de GAIUS et non de la formule, ce que pensent MM. STUEDEMUND et KRUEGER, M. DUBOIS, p. 409, et M. GIRARD. En sens contraire comp. cependant PUNTSCART, *Ztschz. f. priv. und. off. R.* VI, p. 616.

9. GAIUS, IV, 21.

10. Il semble difficile de ne pas admettre qu'il y avait de la part du magistrat une *addictio* du débiteur au créancier, en présence des textes nombreux de TITE-LIVE où est employée l'expression *addicti* pour *judicati* et du passage d'AULU-GELLE, XX, 4, où il est dit expressément : *Post deinde nisi dissolverant ad praetorem vocabantur et ab eo quibus erant judicati addicebantur*. « On ne doit pas s'étonner que cette *addictio* ne soit pas mentionnée dans les XII Tables, car la loi n'entre pas dans tous les détails d'exécution ; l'*addictio* n'est ici qu'une exécution de la loi, la prononciation d'un des *tria verba solemnia* qui revenaient si fréquemment dans les *legis actiones* ». KARLOWA, *loc. cit.*, p. 158 et n. 1. V. aussi en ce sens WACH, sous KELLER, *Civ. proc.*, § 83, n. 1018. Comme le remarquent cet auteur et M. GIRARD, *l'Epigraphie lat. et le Dr. rom.*, Rev.

ne survint entre eux un arrangement, le gardait enchaîné pendant soixante jours. Durant ce délai, à trois jours de marché consécutifs, l'*addictus* est amené au *comitium*, devant le magistrat, et l'on y proclame le chiffre de sa dette. Si celle-ci n'est pas cependant payée, à l'expiration des soixante jours, le débiteur est vendu *trans Tiberim* par le créancier, qui a même le droit de le mettre à mort : ceci du moins sous le régime des XII Tables ⁴¹.

On le voit, dans cette procédure le rôle actif est joué tout entier par le créancier. Depuis l'époque même où la présence du magistrat est nécessaire, il ne fait guère qu'assister à la saisie ; il n'intervient que pour l'autoriser, pour lui donner son adhésion. Il n'est d'ailleurs jamais nécessaire, dans le droit romain ancien, de faire réaliser par l'autorité un droit incontestable : celui qui a un pareil droit l'exécute lui-même directement ⁴². Or le bien fondé, la régularité de la *manus injectio* sont certains.

C'est précisément, en effet, le caractère des droits que

intern. de l'Enseign., XVIII (1889, 2), pp. 253 et 254, ce qui détruit tout argument tiré du silence de la loi des XII Tables c'est que la *lex Col. J. Gen.* observe le même silence relativement à l'*addictio*, à une époque où elle existe certainement. En ce sens aussi, BETHMANN-HOLLWEG, *Civ. process.*, I, p. 118, n. 12, p. 198. HARTMANN, *Obligation.*, p. 121. Cependant, HUSCHKE, *Nexum*, pp. 79 et suiv., qui prétend que l'*addictio* n'est née que plus tard, et semble confondre l'*addicere* et le *duci jubere*, KELLER, § 83 et n. 1018, IHERING, *Esprit*, p. 154, n. 87, et d'autres encore n'admettent pas l'*addictio* dans la *l. a. p. m. i.* « L'*addiction* n'a d'ailleurs pas le caractère de la constitution d'un droit sur la personne du débiteur, mais de la constatation que toutes les conditions légales du *domum duci ab actore et vinciri* se rencontraient. Sans cette constatation du magistrat, la *ductio* se serait produite comme un acte illégal ». DEMELIUS, *Confessio*, p. 43.

41. AULU-GELLE, XX, I, 42-52. V. plus haut Introd. et not. 9.

42. V. L., 17., *pr. D. de furt.* 47. 2. — V. IHERING, *Esprit*, I, pp. 124, 125,

sanctionne cette procédure d'être incontestables. La *manus injectio* correspond au premier état des obligations, où elles naissent et s'éteignent en vertu d'actes dont le formalisme et la publicité leur assurent l'authenticité et la notoriété; par leurs formes solennelles et plastiques, ces actes accusent et précisent la volonté des parties sans laisser de place à l'ambiguïté, en même temps qu'ils sont de nature à attirer l'attention des tiers; comme, de plus, ils nécessitent l'assistance de témoins et qu'ils sont accomplis au dehors, sur la place publique, ils sont portés à la connaissance d'un très grand nombre de citoyens. C'est contre des débiteurs tenus d'un de ces liens solennellement et publiquement créés et constatés, que la *manus injectio* s'applique: contre les débiteurs d'*aes nexum* ou d'*aes legatum*, puis, après l'apparition de l'*actio sacramenti in personam*, contre les débiteurs d'*aes confessum* ou d'*aes judicatum*, ou contre les débiteurs obligés *pro judicatis*¹³.

13. Sur le domaine de la *leg. a. p. m. i.*, v. BEKKER, *Akt.*, I, pp. 31 et suiv. Cfr. VOIGT, *XII Taf.*, I, pp. 618 et s. — Si la *m. inj.* était donnée à raison d'une atteinte contre les personnes ou les biens (par ex. contre le *fur manifestus*, dont les XII Tables ordonnaient l'*addictio*), il y avait là encore une cause notoire d'obligation.

Je crois que les formes de la *m. i.* décrites par les textes pour le cas devenu le plus important d'*aes judicatum*, et que j'ai rappelées, devaient être observées, sauf quelques légers changements dans la formule, quel que fût le cas d'application, notamment au cas d'*aes nexum*. Il n'est pas nécessaire pour cela de voir avec IHERING, I, p. 157, n. 92, dans les mots *AERIS CONFESSI* de la table III une indication du *nexum*. Il suffit d'admettre avec HUSCHKE, *Nexum*, p. 95, que les XII Tables disposaient que le *nexus* devait être traité comme le *judicatus*. En ce sens aussi DEMELIUS, *Conf.*, p. 54, n. 3 et p. 55, n. 1. — Suivant MUIRHEAD, p. 204 et § 36, *AERIS CONFESSI* fait allusion aux *nexi*, mais toutes les dispositions des XII Tables relatives à la *m. i.* à partir des mots *NI JUDICATUM FACIT*, ne se rapporteraient qu'aux *judicati*, non aux *nexi*. — Enfin la réglementation par les XII Tables s'appliquerait uniquement à l'exécution

Il n'y a pas, en général, à prévoir un essai de résistance de la part du débiteur à la saisie solennelle dont il est l'objet *in jure*. Sa dette est certaine, l'exécution est régulière, il n'a qu'à se soumettre. Si d'ailleurs il avait la volonté de résister, il n'en aurait pas le droit. A l'époque où le dernier mot était encore à la force, et où la justice ne se réalisait que parce que la force physique se jetait régulièrement et naturellement du côté du droit, le saisi dont le tort était évident n'aurait trouvé personne pour le délivrer d'un

contre le *judicatus* ou le *confessus*, non à celle contre le *nexus*, d'après VOIGT, *XII Taf.*, I, pp. 619 et s., et M. CUQ, *Instit. jurid.*, pp. 188 et suiv. Le législateur serait intervenu, pense M. CUQ, pour protéger le débiteur qui a exaspéré la colère du créancier en niant sa dette ou en n'avouant que devant le magistrat : il ne s'est pas occupé du débiteur qui se met spontanément à la disposition du créancier (Comp. BETHMANN-HOLLWEG, *Civ. Proc.*, I, p. 160). Mais la situation misérable des *nexi*, exposés au ressentiment des créanciers constitués en perte par suite de leur insolvabilité, devait suffire à attirer l'attention du législateur. De plus, le *judicatus*, comme le *nexus*, pouvait consentir à suivre immédiatement l'*injiciens* ; mais s'ils ne consentaient pas, ils devaient, l'un comme l'autre, être amenés *in jus* et saisis suivant le rite. Les XII Tables n'ont pas réglé l'hypothèse, de l'accord exprès ou tacite, du débiteur et du créancier. Dans l'*IN JUS DUCITO* elles supposent la résistance du débiteur, qui oblige le créancier à recourir aux mesures légales, mais celles-ci s'appliquaient, de la même manière et sans distinction, à tous ceux qui étaient soumis à la *m. i.* On objecte que si le texte des XII Tables avait eu une portée générale, les créanciers auraient perdu le droit d'utiliser les services de leurs débiteurs ; or, au commencement du V^e siècle on occupait les débiteurs aux travaux des champs (DENYS, XVI, 5). Mais il s'agit ici sans doute de débiteurs qui n'avaient pas réclamé l'application des mesures légales, ou qui étaient détenus et astreints au travail par suite d'un accord intervenu pendant les soixante jours qui précèdent la vente, en vertu du *jus pascendi* dont parle AULU-GELLE. M. CUQ reconnaît d'ailleurs, p. 377, que le *nexus*, au cas où il conteste le droit du créancier doit être amené *in jus*, qu'il ne peut là se défendre lui-même et a besoin qu'un *vindex* prenne en main sa cause. La différence avec le *judicatus* n'aurait donc porté que sur des points de détail.

adversaire justement irrité et efficacement soutenu par les siens et par l'opinion. Aussi, lorsque la *manus injectio* est réglementée dans sa forme et dans ses effets, il n'est pas permis, en principe, au débiteur de repousser la main du créancier qui s'appesantit sur lui devant le préteur, et de se défendre lui-même : *nec licebat judicato manum sibi depellere et pro se lege agere*¹⁴. C'est qu'en effet son tort était certain, les créances qui étaient exécutées par la *manus injectio* étant telles, par suite de leur mode de formation, qu'on ne pouvait guère supposer qu'elles fussent invoquées sans droit : toute prétention injuste eût été un mensonge audacieux et grossier : il eût fallu affirmer l'existence d'actes qui auraient dû être bien connus et dont personne n'aurait eu connaissance, ou altérer le sens ou la portée de ces actes qui avaient un caractère en quelque sorte authentique¹⁵. Il n'y avait rien de bien surprenant, au contraire, à ce qu'un débiteur insolvable niât en désespoir de cause, même contre l'évidence, et il n'y avait pas lieu de prêter attention à sa dénégation suspecte, si elle restait isolée. L'abandon des siens était une condamnation tacite ; si le saisi avait eu raison de protester contre une prise de corps arbitraire et scandaleuse, à sa protestation se fut jointe celle de quelqu'un de ses parents, de ses gentils, de ses amis, de ceux qui, à l'époque primitive, seraient accourus pour le délivrer les armes à la main et à qui la solidarité familiale qui subsiste encore très étroite, reste de l'ancienne communauté, les liens de patronage et de clientèle,

14. GAIUS, IV, 21.

15. M. DE IHERING, *Reich und Arm im röm. Civilpross* (Scherz und Ernst in der Jurisprudenz), p. 182, les compare justement à nos lettres de change.

les calculs même de l'ambition ¹⁶ faisaient un devoir ou un intérêt de l'assister, au moment surtout où il était victime d'une injustice manifeste.

Mais il pouvait arriver qu'un tiers se présentât pour défendre le saisi, pour faire opposition à la *manus injectio*. Dans ce cas, il était impossible que la saisie suivit néanmoins son cours. Cette intervention d'un tiers ne pouvait être négligée ; elle prouvait que la prétention du créancier, à laquelle on n'aurait donné suite sans examen que parce qu'elle aurait été tenue pour presque évidente, soulevait des doutes, il était grave qu'un tiers vînt protester contre elle en assumant par là, comme nous le verrons, une lourde responsabilité. Précisément parce qu'il était de la nature des actes juridiques qui donnaient lieu à exécution *per manus injectionem* de faire naître, dès lors qu'ils existaient, des droits incontestables, la contestation élevée par tout autre que le débiteur devait rendre douteuse leur existence même. Si le créancier avait aussi manifestement raison qu'il le prétendait, aussi manifestement raison qu'il devait, à moins d'avoir tort, pas une voix, excepté peut-être celle du débiteur lui-même, n'aurait dû s'élever contre lui. A cette période de l'histoire du droit où le bien fondé des prétentions légitimes était pour ainsi dire évident pour chacun, il était extrêmement probable qu'une exécution privée était juste ou non, suivant qu'elle avait lieu sans protestation de la part des tiers, ou suivant qu'elle était entravée par l'intervention de quelqu'un de ceux-ci. Dans ce dernier cas, donc, il était impossible qu'elle fût poursuivie sans débat, et il s'en élevait un entre le *manum injiciens*

16. C'est ainsi que TITE-LIVE nous montre Manlius, toujours prêt à défendre les plébéiens contre les entreprises des patriciens, IV, 14, 20.

et l'intervenant : *nec licebat judicato manum sibi depellere et pro se lege agere, sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat*¹⁷. — NI QUIS ENDO EM JURE VINDICIT, SECUM DUCITO¹⁸.

Ce tiers qui intervient dans la *manus injectio* pour en contester la légitimité et pour faire relâcher le saisi, c'est en effet le *vindex*. A l'origine, avant l'organisation de la justice, celui qui prenait parti pour une personne qu'il considérait comme saisie à tort par un adversaire, luttait contre celui-ci les armes à la main : c'était alors le plus fort, surtout le mieux secouru qui triomphait. Les mêmes besoins qui firent réglementer et soumettre à des formes l'exercice spontané de la justice privée, firent substituer à la lutte violente entre la *manum injiciens* et le *vindex* primitifs un débat devant le magistrat, pris d'abord sans doute pour arbitre, mais dont l'autorité devint bientôt assez forte pour qu'il pût, dans l'intérêt de l'ordre, imposer sa médiation. Ainsi, l'exécution personnelle et privée d'un droit incontesté par les tiers, de même qu'elle ne donnait lieu primitivement à aucune lutte violente, se fit, lorsque la procédure eut reçu des formes régulières, sans débat juridique ; au contraire, l'exécution qui soulevait l'opposition de tiers, comme elle donnait lieu à l'origine à un combat entre le tiers et le saisissant, fit naître, lorsqu'un pouvoir social assez fort se fut organisé, un procès véritable entre le *vindex* et le *manum injiciens*.

Ce procès, survenant comme incident dans une procédure d'exécution qui sans l'opposition du *vindex* ne comportait pas de débat, fut sans doute le premier qui fut

17. GAIUS, IV, 24.

18. Table III, frg. 3.

soumis à Rome à une autorité judiciaire en matière d'obligations. Si l'on considère, en effet, que la *manus injectio* n'est que l'exercice simplement réglementé de la justice privée, il est difficile d'admettre qu'aucune autre procédure ait été plus ancienne¹⁹. Justice privée se confondant d'abord avec une vengeance que rien ne refrène, puis régularisée par des formes solennelles, enfin débat juridique devant un arbitre et bientôt devant une autorité constituée, tels sont l'origine et le développement historique de la procédure. La *manus injectio*, qui par l'intervention du *vindex* se transforme d'un acte de justice privée en un procès, sert de transition aux deux phases extrajudiciaire et judiciaire de la procédure. Le premier débat juridique eut donc lieu sur l'intervention du *vindex* et avec le *vindex* comme partie nécessairement en cause.

L'incapacité du saisi de se défendre lui-même, le besoin qu'il a de l'intervention d'un *vindex*, a, d'après ce qui pré-

19. L'opinion suivant laquelle la *m. i.* n'est pas une procédure imaginée en vue de l'exécution des jugements et étendue à certaines prétentions, mais la sanction directe de l'obligation du très ancien droit romain, et suivant laquelle elle est antérieure à l'*a. sacr.*, cette opinion, développée notamment par BEKKER, *Akt.*, I, pp. 18 et s., semble gagner de plus en plus de partisans. KARLOWA, *Röm. Civilproz. Zur Zeit. der leg. act.*, § 18, pp. 150 et suiv., a cependant énergiquement soutenu l'ancienne théorie contraire, par des arguments auxquels DEMELIUS, *die Confessio in röm. Civ. pr.*, pp. 51 et suiv., a répondu. Sans pouvoir entrer dans la controverse, rappelons que la nature même de la *man. inj.*, qui n'est qu'un acte de justice privée, — le caractère de sa formule qui contient l'affirmation d'un simple fait, *quod tu mihi damnatus es...* tandis que l'*act. sacram.* suppose la notion plus abstraite d'un droit, *aio te dare oportere*, ou *aio hunc hominem meum esse ex jure Quiritium*, — ceci, enfin, qu'elle est une procédure complète qui se suffit à elle-même, tandis que l'*a. sacr.*, dont la conception est dépourvue d'unité, doit pour aboutir emprunter la *m. inj.*, tout concourt à montrer l'antériorité de cette *leg. actio*.

cède, des causes historiques²⁰ ; c'est la conséquence du formalisme et de la publicité des premiers actes juridiques, de l'authenticité et de la notoriété des obligations dans leur premier état. On en donne cependant le plus souvent une autre explication, purement juridique. La défense du saisi ne peut consister qu'à montrer que la *manus injectio* est illégitime, c'est-à-dire que le saisi ne doit pas être soumis au pouvoir du saisissant : le droit du *manum injiciens* sur

20. Comp. GRADENWITZ, *loc. cit.*, pp. 289, 298 et n. 13, 14, 15. « Cela s'explique, si on le transporte du domaine du droit dans celui de la force : c'est simplement le règne du plus fort : « Tu es à moi, car je suis grand et tu es petit ». Le créancier est le puissant, le débiteur est le faible. Le fait que celui-ci ne peut se défendre lui-même est devenu une règle de droit. Il est perdu, s'il ne trouve pas un défenseur (*vindex*) aussi puissant que le saisissant, ou s'il ne peut payer (alors même qu'il ne serait pas débiteur). Le *vindex*, quand il en intervient un, repousse la force par la force, et ainsi s'engage entre le saisissant et le *vindex* une lutte pour l'*homo*. Le roi y met fin en séparant les combattants et alors on en vient au procès entre eux. Le débiteur n'en est que l'objet ». Il convient de tenir compte aussi de cette idée, mise en lumière par Ihering, que si primitivement c'est la force qui triomphe, elle se jette régulièrement du côté du droit.

Il est intéressant de rapprocher la scène bien connue des *Années d'apprentissage de Wilhelm Meister* de ГОЕТТЕ. « Wilhelm courut au rassemblement et vit... le chef de la troupe qui trainait par les cheveux l'intéressante enfant et la frappait... Wilhelm fondit sur cet homme et le prit au collet : « Lâche cette enfant, cria-t-il avec fureur, ou l'un de nous restera sur la place. Le misérable qui se crut étranglé, lâcha l'enfant et cherchait à se défendre. Quelques assistants à qui la petite fille faisait pitié, tombèrent sur le saltimbanque... Wilhelm dit : « Tu ne reverras ni ne toucheras cette enfant avant d'avoir déclaré au juge où tu l'as volée ». Ces paroles apaisèrent tout à coup ce furieux : « Qu'ai-je à faire de cette inutile créature, s'écria-t-il. Payez-moi ce que ses habits me coûtent et vous pouvez la garder ». Cependant l'enfant s'était perdue dans la foule et on ne la trouva qu'après le départ des saltimbanques. — Nous avons ici, comme le fait justement remarquer M. Gradenwitz, une *m. inj.*, un *vindex*, une contestation entre le saisissant et le *vind.* au sujet du pouvoir du saisissant sur le débiteur, et un abandon de la part du saisissant contre le paiement des frais faits pour l'objet du débat.

le *prensus*, tel est l'objet du débat. Or c'est, dit-on, un principe général de l'ancien droit romain qu'une même personne ne peut être sujet et objet dans une contestation, qu'on ne peut être à la fois l'objet du procès et partie au procès²¹. Le *prensus*, étant l'objet litigieux, ne peut mener l'affaire lui-même ; il faut que ce soit un tiers, un *vindex* qui la prenne en main²².

Il se peut qu'en effet à une certaine époque, lorsque la science du droit se fut constituée à Rome, le principe que l'on invoque ait été admis pour justifier rationnellement le besoin de l'intervention de tiers dans certains procès, dû à des causes historiques oubliées. Mais il repose sur une idée trop purement juridique et trop subtile pour avoir produit seul une institution d'une antiquité aussi reculée que celle du *vindex*. La coutume primitive se forme indépendamment de règles aussi abstraites : elles n'apparaissent qu'après coup, comme explication. Il est d'ailleurs fort remarquable que c'est au moment où le sens juridique et l'esprit d'analyse s'éveillent et se développent chez les Romains, que ce prétendu principe général reçoit, en ce qui concerne le *prensus* de la *legis actio per manus injectionem*, une atteinte si considérable que l'on peut dire qu'il est dans ce cas absorbé par l'exception : on crée une

21. Ainsi, dans les procès de liberté, l'esclave prétendu a besoin jusqu'à Justinien (C. de *assertione tollenda*, 7.17) du secours d'un *assertor*, et les procès relatifs à la puissance paternelle ou maritale sur une personne, devaient être engagés non contre cette personne, mais contre un tiers. Cf. 2,3.53. Dig. de *lib. exhibendi*, 43.30.

22. V. RUDORFF, *Litiscrescenz* (Zeitschr. für geschichtl., Rechtswiss., XIV (1848), p. 317 et Rœm. Rechtsgesch. II, § 24, p. 85, et surtout UNGER, *Prozess mit dem vindex bei der M. I.*, p. 196, 197, approuvé par KARLOWA, loc. cit., p. 184. En ce sens aussi HUGO KRUEGER, *Capitis deminutio*, pp. 203, 204, 206. MAX RÜMELIN, *Geschich. der Stellvertretung*, p. 55.

forme nouvelle de la *legis actio per manus injectionem*, dite *manus injectio pura*, dans laquelle le saisi se défend lui-même, sans *vindex*, et à partir de la loi Vallia le *vindex* est inutile dans tous les cas de *manus injectio*, excepté deux, ceux de *judicatum* et de *depensum* ²³.

Ce fait, inexplicable si l'on donne pour cause à l'interdiction faite au saisi de se défendre lui-même une raison d'élégance juridique, se comprend fort bien au contraire, si on la fonde sur le caractère favorable des créances exécutées *per manus injectionem*. La procédure de la *manus injectio* a dû se relâcher d'une rigueur qui serait devenue de l'injustice, alors que des causes nouvelles, moins solennelles, d'obligation avaient apparû, que les relations juridiques entre les citoyens s'étaient multipliées et avaient perdu de leur caractère ancien de publicité et de notoriété, et qu'en même temps, l'ancienne solidarité familiale et les relations de patronage et de clientèle, garanties contre les abus de la *manus injectio* dans sa forme première, avaient cessé de protéger de nombreux citoyens, surtout parmi ceux qui appartenaient à la population nouvelle de la Ville. Au contraire, dans les cas où la demande conserva son antique faveur, le *vindex* dut subsister, non pas à cause d'un principe abstrait de procédure, mais parce qu'on continua à vouloir limiter la liberté d'une défense présumée abusive et vexatoire. Ce qui le prouve, c'est que, dans ces cas, la nécessité de donner un *vindex* étant tombée avec les actions de la loi, on la remplaça par une restriction analogue de la défense, l'obligation de fournir une *cautio judicatum solvi*.

23. GAIUS, IV, 23, 24, 25.

Si c'est l'antiquité même de la *manus injectio* et le caractère primitif des droits qu'elle sanctionne qui donnent la véritable explication du rôle du *vindex*, celui-ci devait avoir à intervenir dans les cas d'application de la *manus injectio* les plus anciens, qui étaient en même temps ceux où la prétention du saisissant était le plus simple et le moins contestable. Cependant, d'après une opinion d'ailleurs isolée, le *vindex* n'aurait pas eu à intervenir au cas de *manus injectio* contre le *nexus*. « Le créancier conduisait le débiteur au magistrat, afin que l'un pût prouver le contrat de *nexum* et l'autre, avoir l'occasion de prouver, si les faits l'y autorisaient, par la voie des témoins de la *nexi liberatio*, que le prêt avait été remboursé..... Il n'y avait point place pour un *vindex*, car il n'y avait pas de jugement dont ce dernier pût contester la régularité » ²⁴.

24. MUIRHEAD, *Introduct. histor. au dr. pr. de Rome*, tr. BOURCART, p. 204.

On pourrait objecter *a priori* à l'argument de M. Muirhead qu'il prouverait trop. Il ne semble pas en effet que le *vindex* ait plus à intervenir au cas de *densum* qu'au cas de *nexum*. Un *sponsor* a payé la dette d'un débiteur principal, ce qui constitue un *densum*; s'il n'est pas remboursé dans les six mois, il peut agir contre ce débiteur principal *per m. inj.*; la créance qui résultait du *densum* devait être très facile à établir, à peu près aussi facile que celle qui résulte du *nexum*: le débiteur principal ne pouvait, semble-t-il au premier abord, de même que le *nexus*, invoquer que le remboursement qu'il avait pu faire et qui était d'une preuve également simple. Était-il donc nécessaire pour cela de recourir à un *vindex*? Cependant, aux termes mêmes de GAÏUS, IV, 25, l'intervention d'un *vindex* seule pouvait éviter la *domum ductio* à celui *pro quo densum est*. C'est que le *densor* ne pouvait se voir refuser l'action de la loi par le prêteur, et qu'une fois saisi, le débiteur ne pouvait présenter aucune défense. La défense pouvait d'ailleurs porter sur d'autres éléments plus sujets à contestation que le remboursement: la date du *densum*, peut-être la qualité de *sponsor* du *densor*... De même au cas de *nexum*, le débat pouvait être plus compliqué qu'il ne semble d'abord.

Il faut reconnaître que l'intervention d'un *vindex* en faveur d'un *nexus* devait être fort rare, surtout si la *nexi liberatio* pouvait être invoquée ; mais c'est parce que dans ce cas, en fait, la *manus injectio* même ne devait pas se produire ; si elle avait lieu, l'intervention d'un *vindex* était nécessaire. Lorsque le débiteur en vertu d'un *nexus* s'est acquitté par un paiement valable, c'est-à-dire accompli *per aes et libram*, la *nexi liberatio*, aussi solennelle que l'engagement *per nexus*, était aussi certaine ; le remboursement était aussi notoire que l'emprunt, l'extinction de la dette aussi incontestable que sa création. Dans ces conditions, il n'était guère possible à l'ancien créancier de songer même à poursuivre un second paiement *per manus injectionem*, car sa *manus injectio* étant manifestement injuste, le saisi n'aurait pas manqué de trouver un *vindex*, et ce *vindex* aurait été sûr de triompher. Mais si l'on suppose telles circonstances favorisant assez la mauvaise foi du créancier déjà remboursé pour qu'il osât exiger à nouveau le paiement, il fallait qu'un *vindex* intervînt, car l'exercice de la *legis actio per manus injectionem*, demandé au magistrat, ne pouvait être refusé ²⁵, et lorsque la *manus injectio*

25. Le pouvoir de *denegare legis actionem* que beaucoup d'auteurs, notamment KARLOWA, *Legis actionen*, p. 343, LENEL, *Ursprung der Exceptionen*, pp. 41 et s., attribuent au magistrat, antérieurement même à la loi Aebutia, ne doit pas lui être reconnu. V. P.-F. GIRARD, *la Date de la loi Aebutia*, *Zeitschr. der Savigny Stift.*, XIV (1893), pp. 18 et 19 et notes. « Il n'est rien de plus contraire à la notion de la procédure primitive, où le magistrat n'a pas plus à donner l'action qu'à la refuser, où tout son rôle se résume dans un concours, pour ainsi dire mécanique, à la solennité légale, où il commettrait également une forfaiture en refusant ce concours dans les conditions légales, et en essayant de lui faire produire effet hors des conditions légales ». Le droit de *denegare actionem* fut un effet immédiat de la loi Aebutia qui établit entre les deux premiers systèmes de procédure un choix soumis au contrôle du

avait été opérée, le saisi ne pouvait se défendre lui-même.

Les moyens de défense à opposer au créancier en vertu d'un *nexum* ne se bornaient pas d'ailleurs à la *nexi liberatio*, et pouvaient être beaucoup moins simples et d'une valeur bien moins incontestable : pour leur donner quelque poids, l'intervention d'un tiers était nécessaire. Il pouvait y avoir à contredire directement les affirmations du créancier, à nier l'existence du *nexum*, ou à contester soit le chiffre de la dette, soit l'époque de l'échéance : pour triompher sur ce terrain, il aurait fallu établir la fausseté de l'affirmation du saisissant et des témoignages par lesquels il pouvait la corroborer, c'est-à-dire engager un véritable débat ; de même, pour établir que le *nexum* avait été irrégulièrement formé et qu'il était nul ; on comprend que cela ne fût pas permis au débiteur lui-même, dont le droit et la bonne foi étaient fort suspects ²⁶.

magistrat. — Quand bien même on admettrait la *denegatio legis actionis*, il faudrait encore reconnaître que le *vindex* trouvait place dans la *l. a. p. m. i.* contre *nexus*. Il n'aurait pas eu, le plus souvent, à intervenir au cas où le débiteur a payé *per æs et libram* parce que, la *liberatio* étant certaine, le magistrat aurait refusé l'action : pas de *man. inj.*, pas de *vindex*. Mais dans les cas où le droit du débiteur prétendu n'était pas incontestable et avait besoin d'être établi dans une discussion, le magistrat aurait donné l'action contre lui et, une fois saisi, il aurait eu besoin d'un *vindex*.

26. Comp. HUGO KRUEGER, *Cap. Demin.*, pp. 195 et 196. D'après cet auteur, l'intervention d'un *vindex* en faveur d'un *prensus* quelconque, ne serait pas nécessaire pour faire valoir l'absence des conditions de forme de la *man. inj.* « parce qu'alors, régulièrement, la *denegatio actionis* interviendrait. Si, par exemple, l'*injiciens* n'a pas observé les prescriptions légales sur le délai de grâce accordé au *judicatus*, auquel cas il y a dans l'introduction de la *legis actio* une *plus petitio*, le saisi lui-même peut l'exposer devant le prêteur dans l'un des débats préparatoires non solennels pendant lesquels il n'est pas traité comme une *res*. Un *vindex* n'est pas nécessaire pour cela, s'il n'est pas non plus exclu. De plus, si l'*injiciens* a accompli incorrectement *in jure* l'acte de la *m.*

On le voit, il est inexact de dire qu'il n'y avait pas place pour le *vindex* dans la *legis actio per manus injectionem* dirigée contre un *nexus*, car ce n'est que grâce au *vindex* que le *nexus* échappait à la *manus injectio* quand elle était opérée ; mais, le plus souvent, aucun *vindex* ne devait s'opposer à la *manus injectio*, sanction d'un *nexum*, car le créancier ne l'exécutait guère que quand son droit était certain.

L'intervention du *vindex* pouvait donc se produire, et elle était nécessaire pour qu'il y eût une défense à la *manus injectio*, dans tous les cas de *manus injectio* antérieurs à la loi Vallia et autres que ceux de *manus injectio pura*.

La loi Vallia porta une atteinte extrêmement considérable à l'institution du *vindex*, qui dès lors ne subsista plus que dans deux cas exceptionnels, où la demande se présentait avec un caractère particulièrement incontestable ou favorable. Elle permit en effet à tout *prensus* de repousser la

inj., en règle générale, le prêteur le remarquera lui-même et ce n'est que dans les cas les plus rares qu'il aura fallu un *vindex* pour critiquer le *vitium actionis* inaperçu du prêteur ». L'intervention du *vindex* devrait avoir lieu au contraire lorsqu'il s'agit de combattre quant au fond le droit à la *m. inj.* : « On ne peut imaginer un véritable débat entre l'*injiciens* et le *vindex* que quand le *vindex* critiquait la *causa* même de la *man. inj.*; cela seulement correspond au but de toute l'institution du *vindex*... Par exemple, le *depensor* qui paie à l'*injiciens* la dette du saisi, peut intervenir comme *vindex*, et il attaque la *m. inj.* parce que sa *causa* a disparu ».

Je crois que l'intervention du *vindex* est toujours nécessaire pour repousser la *m. inj.*, même pour des raisons de forme, par exemple pour le motif que le délai légal n'est pas expiré, car le magistrat sous le système des *leg. act.* n'a pas le droit de *denegare actionem*. La défense du débiteur sur ce fondement pourrait d'ailleurs entraîner un véritable débat et exiger des preuves compliquées : comment la lui permettre à lui-même ? les débats préparatoires à la *m. inj.* ne pouvaient constituer la partie principale du procès, et quand la *man. inj.* a été opérée, il faut un *vindex* pour défendre le saisi.

manus injectio et de se défendre lui-même ; seuls, le *iudicatus* et celui *pro quo depensum est* ²⁷, continuèrent à devoir fournir un *vindex* pour échapper à la *domum ductio* ²⁸.

Cette loi Vallia, qui marque le commencement de la disparition de notre institution, doit être placée vers la fin du VI^e siècle de Rome. En effet, d'une part, d'après Gaius même ²⁹, elle est postérieure à la loi Furia *testamentaria*. Or, la loi Furia se place entre les années 550 et 585. « M. Bruns³⁰, en effet, a établi par un raisonnement ingénieux que la loi Furia, qui a précédé la loi Voconia de 585 ³¹, n'est elle-même venue qu'après la loi Cincia de 550, puisqu'elle introduit, en matière de dispenses fondées sur la parenté, un système nouveau, différent de celui que suit encore la loi Cincia ³² ». D'autre part, la loi Vallia est antérieure à la loi Aebutia, qui permet de procéder *per formulas* : cela résulte tant de l'ordre suivi par Gaius dans son exposé du système des actions de la loi, que des vraisemblances générales. Or la loi Aebutia est comprise entre l'an 605 (date de la loi Calpurnia, *de repetundis*) et l'an 631 (d'après un témoignage fourni par la rhétorique à Heren-

27. C'est-à-dire le débiteur dont la dette a été payée par un tiers, et qui est actionné en recours. Sur l'*actio depensi* v. GAIUS, III, 127, IV, 9, 25, 102, 171, 186.

28. GAIUS, IV, 25.

29. GAIUS, IV, 23. *Sed aliae leges... constituerunt quasdam actiones per manus injectionem, sed puram... velut lex Furia testamentaria...* 25. *Sed postea lege Vallia...*

30. *Zeitschrift f. Rechtsgesch.*, XII, p. 127 et s.

31. GAIUS, III, 225. *Itaque lata est lex Furia... 226, Ideo postea lata est lex Voconia*. Quant aux dates des lois Cincia et Voconia v. P. F. GIRARD, la date de la loi Aebutia, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgesch.*, XIV (1893), p. 25, n. 2, et CICÉRON, *de senectut.*, 5.

32. V. *Frg. Vat.* 298, 299, 301 et les explications de Bruns (M. P. F. GIRARD, *op. cit.*, p. 41).

nus), ainsi que M. Girard l'a établi d'une façon certaine ³³.

Tant que les actions de la loi furent en usage, dit Gaius ³⁴, le *judicatus* et celui *pro quo depensum est*, ne purent résister eux-mêmes à la *manus injectio*, et durent fournir un *vindex*. Mais la loi Aebutia, qui introduisit le système formulaire à côté de l'ancien système des actions de la loi ³⁵, vint rendre plus rares encore les interventions de *vindex*, puisque l'*actio judicati* et l'*actio depensi* purent être intentées autrement que *per manus injectionem*. L'existence antérieure aux *leges Juliae* de l'exécution sans formes de la procédure formulaire, peut être même, suivant M. Wlassak, de la formule civile de l'*actio judicati*, est mise hors de doute par les chapitres XXI et XXII de la loi Rubria. Cependant la *manus injectio judicati*, et sans doute aussi l'*actio depensi* intentée *per manus injectionem*, subsistent toujours ; le chapitre LXI de la *lex Coloniae Juliae Genetivae* atteste l'existence de la *manus injectio judicati* en 710, dans une colonie de citoyens.

Enfin, les *leges Juliae* vinrent en abrogeant le vieux système des actions de la loi, que la loi Aebutia avait laissé facultatif, faire disparaître complètement le *vindex* de la *manus injectio*. Ces *leges Juliae*, c'étaient sans doute : d'abord, la *lex Julia judiciorum privatorum*, qu'il faut, comme

33. Zeitsch. der Sav. Stif. f. R. gesch., XIV, 1893.

34. IV, 25. Itaque judicatus et is pro quo depensum est, etiam post hanc legem (Valliam) vindicem dare debebant, et, nisi darent, domum ducebantur ; itaque quamdiu leges actiones in usu erant, semper ita observabantur.

35. Sur la substitution du système formulaire au système des actions de la loi, sur la loi Aebutia et les *leges Juliae*, voy. M. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze*, I, chap. II et III, et le compte-rendu de M. P. F. GIRARD, *Nouv. Rev. hist. de dr.*, XIII, 1889, pp. 295 et s.

l'a montré M. Wlassak, placer, de même que la *lex Julia judiciorum publicorum*, en l'an 737, loi très compréhensive, qui traitait dans un chapitre de la forme de la procédure et dans un autre de l'exécution : elle supprima l'ancien système de procédure à Rome même ; puis, une autre loi Julia qui étendit la suppression aux autres cités de citoyens : on ne pouvait naturellement y conserver les formes qui étaient mises de côté à Rome, et cependant il fallait pour ces cités une loi particulière, car les règles de procédure n'étaient pas, comme les principes de fond du *jus civile* en vigueur, sans distinction pour tous les citoyens, mais elles n'étaient jamais données que pour une ou plusieurs juridictions d'une espèce déterminée ³⁶.

Le *vindex* de la *manus injectio* ne disparut pas sans laisser de traces dans le droit romain classique. Nous en trouverons une dans la *dupli condemnatio* prononcée *adversus infitiantem* dans les actions qui s'intentaient dans l'ancienne procédure *per manus injectionem*, et qui nécessitaient un *vindex* pour être contradictoires, au moins avant la loi Vallia ³⁷. Surtout, dans les deux actions *judicati* et *depensi*, la nécessité de fournir un *vindex*, qui subsista pour le débiteur tant qu'elles furent exercées par la *legis actio*, eut son équivalent sous le système formulaire, comme le dit explicitement Gaius ³⁸, dans celle de *satisdare judicatum solvi*, c'est-à-dire de fournir une caution qui garantit le paiement du *judicatum*. Le résultat était le même. Dans ces deux cas où la demande avait un caractère favo-

36. WLASSAK, *op. cit.*, I, p. 192.

37. GAIUS, *Comp.* IV, 9, 23, 174, III, 173, 175.

38. IV, 25. *Unde nostris temporibus is cum quo judicati depensi ve agitur judicatum solvi satisdare cogitur.*

nable, la défense n'était possible qu'autant qu'elle rencontrait un appui chez les tiers ; le débiteur de mauvaise foi ne trouvait pas de répondant. En même temps, le demandeur qu'une résistance présumée abusive obligeait à un procès, obtenait toute sûreté au sujet du paiement de la condamnation qui devait le dédommager complètement ³⁹. C'est encore dans ce but de procurer au demandeur toute garantie que dans ces actions *judicati* et *depensi* le défendeur est obligé, le cas échéant, de fournir un *vadimonium* qui, par exception, est égal à l'intérêt qui est en jeu, *quantum ea res erit* ⁴⁰.

J'ai essayé de montrer pourquoi et quand il était nécessaire qu'un *vindex* intervint dans la *legis actio per manus injectionem*, pour qu'elle fût une procédure contradictoire. Il me faut étudier maintenant quel rôle il jouait en y intervenant.

39. RUDORFF, *Litiscrescenz* (*Zeitschr. für geschichtliche Rechtswiss.*, XIV (1848), p. 318. — GAUCKLER, *op. cit.*, p. 620.

40. GAIUS, IV, 186.

CHAPITRE II

LE RÔLE DU VINDEX.

CONCEPTIONS GÉNÉRALES DE CE RÔLE. SES RAPPORTS AVEC LA REPRÉSENTATION JUDICIAIRE.

I. Le rôle du *vindex* dans la *legis actio per manus injectionem* ne nous est connu que par quelques textes juridiques.

Ce sont :

Des fragments de la loi des XII Tables qui nous ont été transmis par Aulu-Gelle XX, 1, les fragments 1, 2, 3 de la table III, suivant l'ordre de citation généralement adopté :

AERIS CONFESSI REBUSQUE JURE JUDICATIS, TRIGINTA DIES JUSTI SUNTO.

POST DEINDE MANUS INJECTIO ESTO. IN JUS DUCITO.

NI JUDICATUM FACIT, AUT QUIS ENDO EM JURE VINDICIT, SECUM DUCITO, VINCITO...

Il faut y joindre le fragment de la loi des XII Tables rapporté par Aulu-Gelle XVI, 1¹,

ADSIDUO VINDEX ADSIDUUS ESTO ; PROLETARIO CIVI QUI VOLET VINDEX ESTO.

Ce fragment est traditionnellement et, je crois², exacte-

1. V. aussi CICÉRON, *Top.* 2, 10. — Cf. FESTUS, vis *Assidum*, *Vindex*, NONIUS, v° *Proletarius*, GAIUS, I, *ad. leg. XII Tab.*, D. 2.4.22.1 et 2 *ad. l. XII Tab.*, D. 50.16.234.1.

2. J'étudierai la question de la position du frg. dans la loi des XII Tables, à l'occasion de celle de l'existence du *vindex* de l'*in jus vocatio*, à laquelle elle se rattache intimement.

ment placé dans la table I, où il figure d'ordinaire sous le numéro 4 : il aurait donc été écrit à propos du *vindex* de l'*in jus vocatio*. Cependant aujourd'hui des autorités nombreuses et considérables l'attribuent à l'ensemble des dispositions sur la *legis actio per manus injectionem* : il serait donc relatif à notre *vindex*. Quoiqu'il en soit de sa position dans la loi, il faut tenir pour certain que la prescription qu'il énonce s'appliquait au *vindex* de la *manus injectio*, soit qu'elle lui fût spéciale, soit qu'établie dans la table I, elle eût une portée générale, ou encore qu'elle fût reproduite dans la table III, à propos de la *manus injectio*. C'est ce qui est mis hors de doute par le texte législatif ci-après cité, visiblement imité des XII Tables, et qui contient une disposition correspondante à notre fragment.

Un passage de *lex Coloniae Juliae Genetivae*, Cap. LXI :

Cui quis ita manum injicere jussus erit, judicati jure manus injectio esto itque ei sine fraude sua facere liceto. Vindex arbitrato IIviri qui ve jure dicundo praeit locuples esto. Ni vindicem dabit judicatum ve faciet, secum ducito. Jure civili vinctum habeto. Si quis in eo vim faciet, ast ejus vincitur, dupli damnas esto colonis que ejus coloniae HS cc Iss dare damnas esto, ejusque pecuniae cui volet petitio, IIviro quive jure dicundo praeit exactio judicatioque esto.

Enfin les paragraphes 24 et 25 du livre IV des Institutes de Gaius :

24. *Per manus injectionem aequae de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, velut judicati lege XII tabularum. Quae actio talis erat : qui agebat sic dicebat : QUOD TU MIHI JUDICIATUS (sive DAMNATUS) ES SESTERTIUM X MILIA QUANDO NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIUM X MILIUM JUDICATI MANUS INJICIO ; et simul aliquam*

partem corporis ejus prendebat. Nec licebat judicato manum sibi depellere, et pro se lege agere : sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat : qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur.

25. *Sed postea lege Vallia, excepto judicato et eo pro quo depensum est, ceteris omnibus, cum quibus per manus injectionem agebatur, permissum est sibi manum depellere et pro se agere. Itaque judicatus et is pro quo depensum est, etiam post hanc legem vindicem dare debebant, et nisi darent, domum ducebantur ; istaque quamdiu legis actiones in usu erant, semper ita observabantur : unde nostris temporibus is cum quo judicati depensive agitur, judicatum solvi satisdare cogitur.*

La fonction du *vindex* apparaît, quoique d'une manière assez vague, il est vrai, à travers ces textes. Le créancier a saisi solennellement le débiteur ; celui-ci ne peut pas résister et se défendre lui-même, et s'il ne fournit pas de *vindex*, il va être emmené dans la maison du créancier pour y être enchaîné. Mais le *vindex* intervient ; il en résulte : d'abord, que l'exécution est interrompue ou tout au moins suspendue, puisque, d'après Gaius comme d'après les XII Tables et la *lex Coloniae Juliae Genetivae*, le saisi n'est emmené immédiatement chez le créancier que s'il n'y a pas de *vindex* ; en second lieu, qu'un débat s'élève entre le *manum injiciens* et le *vindex* (*qui pro se causam agere solebat*, dit Gaius), débat qui, d'une manière directe ou indirecte, porte évidemment sur le droit du saisissant à opérer la *manus injectio*, et dans lequel le *vindex* oppose au *manum injiciens* la contradiction que le saisi ne pouvait lui opposer lui-même.

Ces deux points sont hors de doute. Mais les renseignements directement fournis par les textes sont beaucoup trop incomplets pour permettre de répondre sûrement à beaucoup des nombreuses questions qui se posent à qui veut préciser le rôle du *vindex* : en quelle qualité agit-il ? suivant quelles formes ? quels sont les effets de son intervention et de son débat avec le *manum injiciens*, par rapport au saisi et par rapport à lui-même ? le débiteur est-il définitivement libéré ? le *vindex* qui succombe est-il tenu, et dans quelle mesure ? a-t-il un recours ? qui peut être *vindex* ?

J'aurai à examiner ces divers points, et sur chacun d'eux ; après avoir rappelé les principales solutions qui ont été proposées, je devrai indiquer, à défaut d'une qui soit certaine, celle qui me semblera la plus vraisemblable.

Parmi ces questions, il en est une qui domine les autres et qui s'impose tout d'abord à l'attention. C'est celle des rapports de la fonction du *vindex* avec la représentation judiciaire : le *vindex* agit-il en qualité de représentant du saisi ? Les diverses solutions que l'on peut admettre caractérisent en effet des conceptions générales du rôle du *vindex* très différentes, et qui ont été formulées en de très nombreux systèmes. C'est donc sur cette question que je vais avoir à passer en revue et à discuter les principaux ; puis, après avoir pris parti, j'entrerai, dans les chapitres suivants, par l'examen des autres questions, dans l'étude plus détaillée de l'institution.

II. D'après les textes que nous possédons, le *vindex* nous apparaît comme venant défendre le saisi qui ne peut se défendre lui-même : nous savons en effet qu'il arrête

la procédure d'exécution et qu'il plaide pour le saisissant. D'autre part, il est un *tiers* : le rapport de droit qui a donné lieu à la *manus injectio* lui est tout à fait étranger : l'exécution n'était point dirigée contre lui, et avant d'être intervenu il n'avait rien à débattre avec le *manum injiciens*. La *manus injectio* ne pouvait être légitimement entravée que si elle violait le droit du saisi : c'est en se fondant sur ce droit qu'agit le *vindex*. De plus, le saisi, dont le droit a donné lieu au débat entre le *vindex* et le saisissant, est intéressé au résultat de ce débat, car, de quelque façon que l'on conçoive le rôle du *vindex*, les effets du procès, au moins le résultat économique final, se produisent pour le *prehensus*. Le *vindex* a en effet contre lui un recours pour toutes les pertes qu'il aura pu subir en intervenant dans son intérêt : on l'admet sans conteste.

On est donc tout naturellement amené à considérer le *vindex*, tiers intervenant dans une procédure qui lui est étrangère pour défendre le droit du saisi, dans l'intérêt de celui-ci, comme agissant en qualité de représentant de ce saisi.

Mais, d'autre part, il est un principe, souvent désigné par les interprètes sous le nom du principe de la non-représentation dans les actions de la loi, d'après lequel on ne peut dans ces actions procéder au nom et à la place d'autrui, principe certain, que nous trouvons rapporté par Gaius et par Justinien, et qu'Ulpien formule en ces termes : *Nemo alieno nomine lege agere potest* ³.

3. GAIUS, IV, 82 (révisé par Studemund). — JUSTINIEN, *de iis per quos agere possumus* (IV, 10), pr. — ULPYEN, *lib. 14 ad Edictum* (423 D. *de req. jur.*, 50, 17).

Ce dernier texte semble exprimer une règle de droit du temps d'Ul-

Pour en bien saisir le sens et la portée, il suffit de le considérer comme une conséquence du formalisme qui régit tout le droit romain à l'époque ancienne. L'exercice des droits en justice consiste alors dans la prononciation des formules sacramentelles qui les énoncent et dans l'exécution de gestes consacrés qui les figurent. Or, c'est le droit de celui-là même qui parle et qui agit qu'expriment la formule et le geste solennels. On ne peut donc exercer son droit par l'intermédiaire d'un représentant, la formule ne se prêtant pas à être prononcée par un autre que le titulaire du droit. Et, en effet, il fallait bien pour que celui qui avait un droit en recueillît directement les avantages, que ce fût lui-même qui le fit valoir, puisque, d'après un principe formaliste fondamental, les conséquences d'un acte se réalisaient en la personne même de celui qui l'accomplissait. Ce principe d'où provint la résistance du droit romain à l'idée de représentation juridique, tant

pien et se rapporter par conséquent directement aux cas de la juridiction centumvirale, dans lesquels la procédure des actions de la loi était encore employée sous l'Empire, peut-être aussi à certains cas de juridiction gracieuse, dans lesquels la *legis actio* avait été gardée comme forme solennelle. Ce qui donne lieu de croire au premier rapport, c'est que dans le même livre du Commentaire d'Ulpien sur l'Édit où se trouve la règle sur l'*al. nom. ag.*, il est traité de la *querela inofficiosi testamenti*, un de ces cas de juridiction centumvirale. Cf. l'inscript. des ll. 1. 6. 8. Dig., *de inoffic. test.*, §. 2 ; l. 14. D., *de appell. et rel.*, 49. I, et V. LENEL, *Edict. perpet.*, p. 111, notamment les citations N. I. En faveur de l'opinion que la règle s'applique à la juridiction gracieuse, on argumente GAIUS, II, 96. Mais si tel est le sens principal du texte d'Ulpien, il fournit cependant une preuve indirecte de ce qui avait lieu antérieurement ; on n'aurait pas plus tard formulé une semblable règle, si au temps de l'empire général de la procédure des *leg. act.*, il n'y avait eu un état de choses conforme. Sic, MAX RUEMELIN, *Gesch. der Stellvertretung im röm. Civ. pr.*, p. 19.

extrajudiciaire que judiciaire, fut cause que lorsqu'exceptionnellement, pour des raisons d'utilité pressantes, quelqu'un fut admis à énoncer le droit d'autrui dans la formule d'une action de la loi (*hunc hominem populi esse aio*), à *lege agere alieno nomine*, les conséquences de l'acte solennel accompli dans la *legis actio* se produisaient en la personne du représentant (qui, par exemple, dans l'*actio sacramenti* exposait et perdait le *sacramentum*), et ne pouvaient atteindre le représenté qu'indirectement et par voie de recours. C'est ce qu'on exprime souvent en disant que cette représentation exceptionnelle est imparfaite. C'est en ce sens que l'on peut dire que le représentant prend à son compte le procès.

Comment concilier ce que nous savons du rôle du *vindex* avec le principe de la non-représentation? Comment le *vindex* peut-il intervenir pour le saisi et le défendre sans introduire dans le rite de l'action de la loi, le droit du saisi, sans parler en son nom, sans agir pour lui?

III. Cette difficulté si grave semble n'avoir pas même été soupçonnée par les interprètes qui ont traité les premiers du rôle du *vindex*, très brièvement d'ailleurs, et avec assez peu de netteté.

Ils adoptent en général une même opinion que nous trouvons exprimée, presque dans les mêmes termes, notamment par Zimmern, Puchta, Keller, Rudorff, Bethmann-Hollweg⁴. Pour eux, le *vindex* est un *représentant*, un *défenseur* du saisi; à ce titre, il prend à son compte le procès

4. ZIMMERN, *Röm. Civilpr.*, § XLVI. — PUCHTA, *Institut.* (4^e édit.), II, pp. 95-96. — KELLER, *Civilpr.*, § 49. — RUDORFF, *Röm. Rechtsgesch.*, II, § 17, p. 69, § 26, p. 88 et § 24, p. 85. — BETHMANN-HOLLWEG, *Röm. Civilpr.*, I, § 45, p. 156 et I, § 53, p. 197.

avec le *manum injiciens*, libère par là même le *prensus*, et, en cas d'échec, est tenu personnellement du montant de la somme due originairement par le saisi, ou même, d'après la plupart, du double de cette somme ⁵, sauf son recours contre le saisi. Pour qui admet que le *vindex* agit au nom du saisi, la contestation doit porter directement sur la question : le saisi est-il sujet à la *manus injectio*? et en effet d'après les auteurs cités, le débat entre le *vindex* et l'*injiciens* revêt la forme d'une action personnelle. C'est une *actio sacramenti*, suivant Puchta, ou peut-être *per judicis postulationem*, d'après Rudorff; Keller et Bethmann-Hollweg n'admettent pas qu'on puisse passer pour une même affaire de la *legis actio per manus injectionem* à une autre *legis actio*⁶ : le débat entre l'*injiciens* et le *vindex* est donc à leur avis la continuation de la *legis actio per manus injectionem*.

On le voit, cette opinion, d'après laquelle le saisi, qui ne peut se défendre lui-même, peut être défendu par un représentant, revient, quoique les auteurs qui la professent ne l'aient pas exprimé, à considérer le *vindex* comme faisant exception au principe de la non-représentation. La règle *nemo alieno nomine lege agere potest* comportait des exceptions, et, bien que le *vindex* ne figure pas dans l'énumération que nous en donnent les Institutes, il en consti-

5. Le *vindex* est tenu du double de la somme due originairement par le *prensus* notamment d'après KELLER, *loc. cit.*, BETHMANN-HOLLWEG, *loc. cit.*, et d'après RUDORFF, *Röm. Rechtsg.*, p. 85, du moins au cas de *man. inj. judicati*. RUDORFF, *Litiscrescenz* (*Zts. f. gesch. Rechtsw.*, XIV), p. 307 et *Röm. Rechtsges.*, II, p. 86, n'admet pas que la dette croisse au double en cas de dénégation lorsque la *man. inj.* est *pro judicato* ou *pura*.

6. KELLER, *loc. cit.*, § 19 *in fine* et not. 250.— BETHMANN-HOLLWEG, *loc. cit.*, I, p. 163, not. 33 (à propos de la *manus injectio pura*). Comp. sur ce point, KARLOWA, *loc. cit.*, p. 187, qui décide dans le même sens.

tuerait une nouvelle et spéciale, à ajouter aux autres. On serait d'abord tenté, en effet, de supposer que Justinien l'a omis parce qu'il n'en restait plus trace de son temps. Il y a cependant difficulté à admettre cette hypothèse : une pareille exception ne pouvait guère exister : elle aurait trop profondément atteint la règle elle-même, telle qu'elle est formulée par les textes. La règle relative à la représentation dans les actions de la loi eût été conçue tout autrement : il aurait fallu dire que la représentation, impossible dans les quatre autres *legis actiones*, est au contraire nécessaire pour défendre dans la *legis actio per manus injectionem*⁷.

Cette solution, assurément simple et commode, ne semble donc pas tenir un compte suffisant de la difficulté. Mais, fût-il admis que le *vindex* est purement et simplement un représentant du *prensus*, toutes les conséquences que paraissent en avoir tirées les auteurs cités plus haut, ne s'imposeraient pas d'elles-mêmes et auraient besoin d'être justifiées. Il est remarquable, en effet, que ces auteurs semblent regarder la libération du *prensus* et l'obligation personnelle du seul *vindex* comme résultant naturellement de la représentation, par suite de laquelle le *vindex* devient *litis dominus*⁸. La représentation du *prensus* par le

7. Et dans la *legis actio* en laquelle se transforme la *man. inj.*, si on admet cette transformation de l'action en une autre.

8. Ils se bornent en effet, après avoir indiqué que le *vindex* intervient comme représentant du saisi, à ajouter qu'il prend à son compte le procès avec l'*injiciens*, comme si la chose allait de soi, et sans soulever la question de quelle manière on peut concevoir que le *vindex* ait à sa charge le procès. Cependant BETHMANN-HOLLWEG, *Versuche*, p. 142, n. 3, propose une explication : « Le *vindex* qui après la *m. inj.*, mène l'affaire du saisi est en quelque sorte une exception à la règle de la non-représentation, mais vraisemblablement il était en même temps un *expro-*

vindex n'aurait cependant pas produit de pareils effets, du moins si l'on admet que le débat entre le *manum injiciens* et le *vindex* prenait la forme d'une *actio sacramenti in personam*. Plaçons-nous dans cette hypothèse. La défense du saisi, s'il la présentait lui-même, consisterait à dire que la créance que l'on prétend faire valoir *per manus injectionem*, n'existe pas, ou que les conditions de la *manus injectio*, comme l'expiration des *triginta dies justi*, ne sont pas accomplies. Le *vindex*, agissant comme son représentant, a donc à opposer ausaisissant, par exemple que le saisi n'est pas débiteur. *Aio L. Titium* (le saisi) *dare oportere*, a dit le *manum injiciens*. Le *vindex* nie : *Nego L. Titium dare oportere*, et sur sa dénégation il est provoqué au *sacramentum* à peu près en ces termes : *Quando negas, sacramento te provoco*⁹. C'est donc lui, *vindex*, qui paiera le *sacramentum* s'il succombe, c'est-à-dire s'il est reconnu que le saisi L. Titius était en réalité débiteur. C'est en ce sens que la représentation est imparfaite : le représentant est bien admis à nier une prétention qui ne le visait pas per-

missor ». Il faudrait donc admettre une délégation du *vindex* par le débiteur, antérieure au débat entre le *m. injiciens* et le *vind.* Le débiteur serait libéré non par suite de la représentation mais par l'*expromissio*, et le *vindex*, devenu débiteur, plaiderait sa propre affaire. Ce n'est là qu'une pure hypothèse, et peu vraisemblable. Il est peu probable que le créancier fût forcé de concourir à cette *expromissio*, de consentir à un changement de débiteur qui n'eût pour but que de permettre de contester sa créance. On peut penser aussi que le rôle si ancien du *vindex* a dû être bien antérieur à l'*expromissio*, dont la conception et la pratique supposent un degré assez élevé de culture juridique.

9. Nous ne connaissons pas, sans doute, d'une manière certaine les formes de l'*a. sacr. in pers.*, le passage du manuscrit de Gaius où elles étaient décrites étant resté sur ce point indéchiffrable, mais on peut sans trop de témérité imaginer à peu près ce qu'elles étaient. V. dans le *Gaius* de DUBOIS, p. 400 et suiv. les restitutions proposées par HEFFTER, *Corp. jur. civ. antejust.* et par HUSCHKE, *Jurisprud. antejust.*

sonnellement, par exception à la règle formaliste que celui-là seul qui se dit titulaire d'un droit ou qui nie être le sujet passif d'un droit, peut faire valoir sa prétention ou sa défense en prononçant la formule solennelle qui l'exprime ; mais les effets des actes solennels se produisent toujours chez celui qui les a accomplis, les effets de la formule, chez celui qui l'a prononcée, chez le représentant par conséquent, dans le cas exceptionnel de représentation. Seulement il importe de remarquer que l'effet qui est produit ici dans la personne du *vindex*, c'est uniquement la perte du *sacramentum*. Le représentant ne peut être tenu, en effet, que par la vertu des formules, qui ne comportent pas ici d'autre conséquence. Il a risqué le *sacramentum* à propos de la question de savoir si le saisi est le débiteur. Il a perdu : il doit abandonner le *sacramentum* qu'il a exposé ; c'est en cela qu'il est atteint personnellement. Mais la question implicitement jugée n'en reste pas moins relative au saisi ; on ne voit pas du tout comment le saisi serait libéré parce que l'affirmation qu'il n'est pas débiteur, faite par un tiers, a été reconnue inexacte, et comment le *vindex*, indépendamment de la perte du *sacramentum* qu'il a encourue, se trouverait débiteur d'une somme qui a été jugée due par un autre.

La représentation du saisi par le *vindex* n'expliquerait donc ni l'extinction de la dette du saisi, ni l'obligation du *vindex*, au moins pour qui voit dans le débat entre le *vindex* et le *manum injiciens* une *actio sacramenti in personam*. Produirait-elle ces effets si le débat entre le *manum injiciens* et le *vindex* avait lieu sous la forme d'une *actio per judicis voculationem* ou d'une continuation de la *legis actio per manus injectionem* ? Dans l'ignorance absolue où nous

sommes des formes de ces actions, il est impossible de le nier avec certitude, mais on ne peut d'un autre côté l'affirmer catégoriquement. Il est bien probable, d'ailleurs, que si les partisans de la représentation ont admis que le *vindex* devenait débiteur à la place du saisi, ce n'est pas en partant de l'idée de représentation ; c'est bien plutôt une idée qui s'imposait à eux *a priori*, et dans laquelle ils ont voulu voir une conséquence de la représentation qu'ils admettaient aussi. Il semble en effet résulter du passage des XII Tables NI JUDICATUM FACIT AUT QUIS ENDO EM JURE VINDICIT, SECUM DUCITO, que l'intervention du *vindex* libère le saisi, et d'autre part, du passage ADSIDUO VINDEX ADSIDUUS ESTO, qu'il est responsable s'il succombe au procès, car, autrement, pourquoi exiger des conditions de solvabilité ? De plus, on semble peut-être se conformer davantage au texte de Gaius en regardant le *vindex* comme agissant pour lui-même, *pro se*. On comprend enfin que l'intervention du *vindex* fera tomber la présomption défavorable au saisi d'autant mieux que le *vindex* risque davantage ; une représentation directe, par laquelle tous les effets du débat se produiraient en la personne du saisi, ne fournirait aucune garantie morale de son bon droit, et n'aurait par conséquent aucun sens.

Quoi qu'il en soit, d'ailleurs, pour qui admet, comme je l'ai fait, que la *legis actio per manus injectionem* est la plus ancienne des *legis actiones in personam*, il est impossible d'adopter tout système d'après lequel le *vindex* représenterait le saisi dans une procédure qui emprunterait la forme d'une *legis actio sacramenti in personam* ou *per judicis postulationem*. Quant à l'opinion que le *vindex* représente le saisi dans la *legis actio per manus injectionem*

sans que celle-ci se transforme en une autre *legis actio*, elle a besoin pour être discutée d'être présentée avec plus de précision qu'elle ne l'est par les auteurs précités qui l'ont adoptée.

IV. On a essayé, non plus de considérer le *vindex* comme une exception spéciale à la règle *Nemo alieno nomine lege agere potest*, mais de le faire rentrer dans un des cas d'exception à cette règle indiqués par Justinien. Le *vindex* agirait *pro libertate* (*prensi*) par une action réelle. A cette idée se rattachent les systèmes de Rudorff, d'Unger et de Hugo Krüger.

Le *judicatus*, dit Rudorff ¹⁰, ne pouvait s'opposer lui-même à la *manus injectio*, car du jugement résultait pour le vainqueur un droit de saisie et de rétention dont l'objet était précisément le vaincu, et c'était un principe qu'on ne pouvait figurer dans un procès à la fois comme partie et comme objet du droit débattu. Il lui fallait donc un *defensor*. « Mais l'ancienne procédure n'admettait pas qu'on pût mener un procès au nom d'autrui, excepté *pro libertate* et dans quelques autres cas. Le *vindex* intervient donc comme revendiquant la liberté du *judicatus*, et, en effet, le condamné n'a pas perdu la liberté par suite du jugement, et c'est sur ce fondement que le *vindex* montrera la force (*vim dicere*) au vainqueur, s'il ne veut s'abstenir de la *manus injectio*. De là le nom de *vindex* donné à ce défenseur. Dans le procès qui s'élève alors sur la légitimité de la *manus injectio* et par conséquent sur la validité du jugement, le préteur accorde contre les satisdations convenables, ou si le *vindex* est suffisamment sûr, les *vindiciae* en faveur

10. RUDORFF, *Ueber die Litisrescenz* (*Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw.*, XIV, 1848), pp. 317, 318.

de la liberté ». — Et ailleurs¹¹, Rudorff définit le *vindex* : « celui qui demandait la liberté d'un condamné, *judicatus*, et qui par son intervention empêchait que celui-ci ne fût arrêté et emmené en gage ».

Le raisonnement de Rudorff repose sur une équivoque. Rudorff confond avec la liberté, prise par opposition avec l'esclavage, qui faisait l'objet du véritable procès *libertatis causa*, le droit de n'être pas traité en *judicatus*, de ne pas subir la *manus injectio*, droit bien différent de la liberté et qui n'était pas une conséquence nécessaire de la condition d'homme libre, au moins à l'époque historique. Le *judicatus* ne cesse pas d'être un homme libre, *liber*, en ce sens qu'il ne devient pas esclave, *servus*, seulement il devient l'objet d'une sorte de droit de gage, il est soumis à un droit de puissance qui appartient au créancier, mais qui n'est pas le droit du maître sur l'esclave, et qui, bien loin d'être inconciliable avec la liberté de celui sur qui il porte, ne s'exerce au contraire que sur un homme libre. La distinction entre le *servus* et le *judicatus* est mise en évidence par Gaius, III, 189... *liber verberatus addicitur ei cui furtum fecerat: utrum autem servus efficeretur ex addictione, an adjudicati loco constitueretur, veteres quaerebant*.

La liberté du *prensus* ne saurait faire l'objet du procès, car elle est incontestée. Le *manum injiciens* a saisi le débiteur en tant qu'homme libre, et il prétend l'emmener non pas en esclavage, mais en une sorte de détention pour dettes. A l'affirmation du *vindex* : *hunc ego hominem liberum esse aio*, il ne pourrait en aucune façon, quelque légitime qu'eût été sa *manus injectio*, répondre par une *contravin-*

11. Röm. Rechtsgesch., II, § 17, p. 69.

dicatio et réclamer le *prensus* comme esclave. S'il suffisait au *vindex* de prouver que le *prensus* est un homme libre pour le soustraire aux conséquences de la *manus injectio*, il triompherait toujours du *manum injiciens*, si bien fondé qu'ait été celui-ci à agir. Rudorff lui-même reconnaît que « le condamné n'a pas perdu la liberté par suite du jugement ». Le débat ne portait donc pas sur une liberté qui n'est pas en cause, mais, directement ou indirectement, sur la légitimité de la *manus injectio*.

Remarquons, enfin, que cette conception de Rudorff est inconciliable avec la théorie exposée plus haut et à laquelle il semble avoir aussi adhéré, théorie suivant laquelle le *vindex* prend dans le débat la place du débiteur, et en cas d'échec est condamné au double de la dette¹². D'après cette dernière opinion, le *vindex* devrait représenter le *prensus* dans une action personnelle ; si l'on admettait au contraire que le débat auquel prend part le *vindex* est un procès de liberté, on ne pourrait lui reconnaître que la forme d'une action *sacramenti in rem*, et, sauf en ce qui concerne la perte du *sacramentum*, les conséquences se réaliseraient immédiatement en la personne du saisi, qui serait, suivant le cas, emmené ou non par le créancier. Que Rudorff eût adopté successivement et nettement chacune de ces théories différentes, cela n'aurait rien de singulier : mais il semble qu'on trouve dans un même ouvrage¹³ les traces de deux systèmes inconciliés et inconciliables, l'emportant alternativement dans l'esprit de l'auteur.

12. *Röm. Rechtsgesch.*, II, § 17, n. 5, p. 69, et II, § 24, p. 85.

13. *Röm. Rechtsgesch.* Comparez aux passages que je viens de citer la définition du *vindex*, II, § 17, p. 69. V. UNGER, *Prozess mit dem vindex*, p. 198 *in fine* et 199.

La conception de Rudorff, ramenant le débat qui s'élève après l'intervention du *vindex* à un procès de liberté sous la forme d'une action réelle, a pu conduire à une théorie du rôle du *vindex* qui a avec la précédente des points de ressemblance assez nombreux, mais qui est beaucoup plus séduisante et plus solide. M. Unger l'a présentée dans une étude remarquable sur « le procès avec le *vindex* dans la *manus injectio* »¹⁴, une des plus détaillées que nous ayons sur la matière, dont les difficultés étaient pour la première fois nettement indiquées et abordées de front, et M. Hugo Krüger l'a récemment reprise et renouvelée.

Pour Unger, comme pour Rudorff, l'objet du débat entre le *manum injiciens* et le *vindex*, c'est le saisi lui-même ou plus exactement, c'est un droit sur la personne du *judicatus* ou du *quasi judicatus* au profit du créancier, droit que celui-ci prétend réaliser par la *manus injectio*; et c'est précisément parce que le *prensus* est l'objet du droit que la *manus injectio* a pour but de faire valoir, qu'il ne peut contester lui-même la validité de cette *manus injectio*, d'après le principe qu'on ne peut être dans un procès à la fois objet et partie¹⁵. D'ailleurs, et c'est ici que Unger se sépare de Rudorff, ce droit sur le *judicatus* (ou le *damnas*), que le créancier affirme et qu'il veut réaliser, n'est pas inconciliable avec la liberté, c'est-à-dire avec l'état d'homme libre du *prensus*. Le *vindex* qui intervient en faveur du *prensus*, n'a donc pas à réclamer sa liberté, à le revendiquer comme un homme libre : il a à contester le droit que le saisissant prétend avoir sur le débiteur et mettre à exécution par la

14. Dans la *Zeitschr. f. Rechtsgesch.*, VII (1868), pp. 192 et suiv.

15. V. plus haut, chap. I, n. 21.

manus injectio. Ce droit c'est le *jus ductionis*⁴⁶, le *jus retinendi*⁴⁷.

En effet, si la créance donnant lieu à *manus injectio* était véritablement bien fondée, et si les *triginta dies justi* s'étaient inutilement écoulés, le créancier était en droit de mettre la main sur le débiteur, de l'emmener et de le garder étroitement chez lui, en une sorte de servitude pour dettes. Car il avait alors comme un droit de gage sur le corps de ce *reus*, un droit de puissance sur la personne de ce *iudicatus* ou de ce *quasi iudicatus*. Sans doute le *iudicatus* ou celui qui lui était assimilé, notamment le *nexus*, ne se trouvait pas *in mancipio*⁴⁸, mais il était dans une sorte de sujétion de droit privé⁴⁹, qui n'a fait que s'adoucir de plus en plus par le cours du temps, et dont il pouvait s'affranchir tout simplement en satisfaisant le créancier⁵⁰.

A cause de ce rapport de puissance entre le créancier et le débiteur *iudicatus* ou *quasi iudicatus*, le vol de ce débiteur était possible, comme le vol de l'*auctoratus* qui a

46. Cf. LL. 4, 3, § 1, D. 43, 30.

47. TIT. LIV., II, 24.

48. Suivant LANGE, *R. R.*, I, § 38, le *iudicatus* ou le *nexus* se trouveraient *in mancipio*. BOECKING, après avoir défendu contre GANS, dans son traité de *mancipii causa* la qualité de *mancipium* de l'*adjudicatus* et de l'*auctoratus*, admet dans ses *Pandekten*, I, § 48, c. § 47 i., comme UNGER (p. 199 et n. 12), un autre rapport de puissance. Sur l'existence d'un droit véritable et sanctionné par l'autorité sur le *nexus* et le *iudicatus*, v. p. 109, n. 11, la réponse d'Unger aux opinions contraires de Kuschke et de Rudorff.

49. Sur une situation analogue dans l'ancien droit allemand comp. GRIMM, *R. A.*, p. 613 et s.

50. VARRO, de ling. lat., VII, 5, 105 : *liber qui suas operas in servitutum pro pecunia quadam debebat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere oboeratus*. — PLAUTE, *Poen.*, V, 6, 24 et s. — CIC, *Pr. Flacc.*, C. 20, 21. — Cf. 4, 2. C. de postlim., 8, 51.

vendu son corps à autrui²¹. On doit admettre qu'il était possible aussi de les revendiquer²² : *judicatus vel auctoratus meus*, dit Gaius, et dans la loi 152. D. *de rei vindicatione*, il est question de la revendication des *liberæ personæ quæ sunt juris nostri*, en général : s'il n'y a plus dans cette loi que les *liberi in potestate* cités comme exemple, c'est que les compilateurs ont mis le texte en harmonie avec le droit de Justinien, comme ils l'ont fait dans le passage des Institutes correspondant au passage de Gaius relatif au vol des personnes en puissance.

Par des indications appropriées, *adjecta causa*, le demandeur qui revendiquait un homme devait caractériser l'espèce de puissance qu'il prétendait avoir sur lui. Il devait être manifeste si la personne revendiquée était réclamée comme esclave, fils de famille, femme, pupille, *judicatus* ou *auctoratus* : c'est à cela que se rapportent les mots de la formule de la *vindicatio* dans la procédure du *sacramentum* : *hunc ego hominem ex I. Q. meum esse aio, SECUNDUM SUAM CAUSAM sicut dixi*, et non pas à la *causa remota* de l'action de propriété : ces mots signifient que le demandeur revendique l'homme en la qualité de droit indiquée²³.

21. GAIUS, III, 499. — Comp. JUSTINIEN, § 9, *de oblig. quæ ex delict.*, IV, 1.

22. *Sic*, BETHMANN-HOLLWEG, *Röm. Civ. pr.*, I, p. 138.

23. C'est ce que prouvent, indépendamment des raisons juridiques, des raisons tirées de la langue. « On ne peut désigner la *causa remota* de la prétention, par conséquent la *causa* du droit, par la *sua causa* de l'objet revendiqué. On n'a pu nommer *sua causa* que la *causa* de l'objet lui-même, par conséquent sa condition, son état de droit. Quand donc le demandeur *hominem secundum suam causam sicut dixit vindicat*, cela ne peut signifier que ceci qu'il revendique pour lui l'homme en la qualité de droit indiquée » (UNGER, p. 201 et n. 49). Dans le même sens PUCHTA, *Inst.*, II, § 164, not. M. et BETHMANN-HOLLWEG, *Civ. pr.*, I, p. 139.

La *manus injectio* contient précisément, en fait, une revendication en détention du débiteur, l'affirmation d'un droit sur le *judicatus* ou le *quasi judicatus*. Par la *manus injectio* le créancier ne fonde pas, mais il fait valoir le *pignus* qu'il a déjà sur la personne du débiteur²⁴. Le procès entre le créancier et le *vindex* est donc un procès en revendication ; l'objet en est le débiteur, sur lequel le créancier prétend avoir un droit que le *vindex* conteste : *an manus injectio in eum competat*²⁵ ? C'est pourquoi nous rencontrons ici des particularités qui ne se présentent que dans les *vindications* : comme le créancier, le *vindex* aussi met la main sur le débiteur, *manum injicit*²⁶, pour l'arracher à la puissance du créancier. Ce défenseur porte le nom de *vindex*, *quod vindicat quominus is qui prensus est ab aliquo teneatur*²⁷. Et quand il est dit dans les XII Tables : NI QUIS ENDO EO IN JURE VINDICIT (*in eo vim monstrat*), la personne du débiteur est désignée comme objet de la saisie qui avait lieu

24. A l'appui de cette idée, contredite par RUDORFF (sur PUCHTA, *Instit.*, III, § 269, n. 2), que la *m. inj.*, ne fonde pas mais fait valoir un droit préexistant sur la personne du débiteur, v. les textes relatifs au droit qu'a, dans certains cas, par suite d'une convention, l'aliénateur d'un esclave à la *man. inj.* sur cet esclave et à sa *ductio* : *Fr. Vat.*, § 6, L. 9, D. *de servor. exportat.*, 18, 17. — L. 20, § 2, D. *manum.*, 40, I. — L. 7, D. *qui sine man.*, 40, 8. — L. 10, § 1, D. *de in jus voc.*, 2, 4. — L. 3, C. *si serv. export.*, 4, 33. — L. 2, *eod.* — Cette *manus injectio* sur l'esclave n'est pas d'ailleurs, et j'aurai l'occasion de revenir sur ce point, une *legis actio per man. inj.* — Comme le débiteur, dans le *nexum*, s'est soumis, dès le début, pour le cas de non-paiement, à la *manus injectio* et à la *ductio*, on peut encore dire que le créancier, de même que dans les cas précédents, *abducit ex jure concessio* le débiteur. Comp. KUSCHKE, *Nexum*, p. 64. C'est sur ce *jus concessum*, ou sur le droit légitime d'abduction, que le *vindex* et le créancier vont contester.

25. Comp. L. 9, D. 18, 7 : *an creditor jure suo usus sit*.

26. Comp. TITE-LIVE, IV, 14.

27. FESTUS, v° *Vindex*.

de part et d'autre, précisément de la même façon qu'est désignée d'ordinaire la chose, objet d'une revendication, (*in re, in rem vindicare*²⁸). Dans cette *actio sacramenti*, le *sacramentum* était vraisemblablement calculé d'après l'importance du montant, ou du double du montant de la créance qui donnait droit au créancier sur le débiteur ; car, *in homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest*²⁹. Quant aux *vindiciae*, le prêteur les accordait sans doute d'après son appréciation³⁰.

La solution de la question de savoir si le *jus ductionis* appartient au créancier dépend de la solution donnée à cette autre question : la créance exécutoire par *manus injectio*, que prétend avoir le saisissant, est-elle fondée en droit ? La discussion entre le créancier et le *vindex* devait donc porter sur ce point préjudiciel. Le procès se fait d'une façon immédiate sur la personne du débiteur, médiatement sur l'existence de la dette. Aussi Gaius, IV, 21, pouvait-il dire de ce *vindex* : *pro debitore lege agebat, pro eo causam agere solebat*. La *causa* est précisément *ea res ob quam manus injiciebatur*, la *nominata causa ex qua actor agebat*³¹. C'est pour cela que le *vindex* apparaît comme un représentant judiciaire qui mène l'affaire de son client : *Vindex igitur est qui alterius causam suscipit vindicandam*

28. AULU-GELLE, XX, 10, 7. — GAIUS, IV, 17.

29. L. I, § 1, D. *De his qui effud.*, 9, 3. C'est ainsi que dans l'*actio furti*, au cas de détournement d'un homme libre, on prend pour base *id quod interest*, τὸ διαφέρον, dit Théophile dans sa paraphrase. Cf. § 1, *de oblig. quae quasi ex delict.*, IV, 5. Sur l'*actio furti* du créancier gage au cas de détournement de la chose engagée, L. 12, § 2 ; L. 15, L. 46, § 4 ; L. 88, D. *de furtis*, 47, 2 ; § 14, J. IV, I. DERNBURG, *Pfandrecht*, II, p. 399 et s. (UNGER, not. 21).

30. Comp. L. 3, § 6, D. 43, 30.

31. GAIUS, IV, 24.

velut quos nunc procuratores vocamus, dit Boèce³². Le *vindex* est donc au fond, mais non d'après les formes extérieures, un procureur judiciaire. Il mène un procès qui lui est propre, dans l'intérêt d'autrui.

Si le *vindex* triomphait, le débiteur échappait au *jus ducendi et retinendi* du créancier. Le *vindex* succombait-il, au contraire, il perdait lui-même le *sacramentum* : quant au débiteur, il était emmené par le *manum injiciens* en une sorte de servitude pour dettes³³, et il ne pouvait se libérer dans les cas auxquels *lis infitiando crescit in duplum*, notamment s'il était *judicatus*³⁴, qu'en payant le double ; car c'est sur sa dénéigation et à son instigation que le *vindex* était intervenu pour lui : *vindicem dabat*, dit Gaius³⁵.

Dans la *manus injectio pura*, le débiteur a le droit de *manum sibi depellere* : il en résulte qu'il conserve sa pleine indépendance et qu'il peut mener lui-même le procès, qui a lieu sur la question de savoir s'il est débiteur³⁶. Est-ce toujours au risque de payer le double ? Non ; cela résulte du silence de Gaius dans ses explications relatives à la *poena dupli* et dans son exposition de la *manus injectio*.

Telle est dans ses traits principaux la théorie proposée par Unger. Elle peut se résumer en quelques mots : par la *manus injectio* le créancier revendique le débiteur comme

32. BOETHIUS, *ad. Top.*, 2, 10.

33. COM. TITE-LIVE, 2, 27.

34. CIC., *pro Flacc.*, 21. — GAIUS, IV, 9, 171.

35. IV, 21. — UNGER oppose le cas du citoyen racheté à l'ennemi et lié au *redemptor jure pignoris* (LL. 15, 20, § 2. — L. 21, *pr.* D. *de capt.*, 49, 15. — LL. 2, 6, 8, 11, 13, 16, 17, C. *de postlim.*, 8, 51), qui n'était pas obligé au paiement de la somme plus élevée pour laquelle le *redemptor* l'avait par la suite vendu, car cela s'était fait tout à fait indépendamment de sa volonté. L. 19, § 9, D. *de capt.*, 49, 15.

36. GAIUS, IV, 24.

objet de son *jus ductionis* ; le débiteur, objet de l'action, ne peut y figurer comme partie ; c'est le *vindex* qui défend à la revendication, représentant en réalité, mais non en apparence.

Il faut sans doute admettre, comme fait Unger, que le débiteur *judicatus* ou *damnas* était soumis à un droit de saisie et de rétention appartenant au créancier, et que la *manus injectio* était le moyen d'exercer ce droit. Certainement aussi c'est sur le point de savoir si ce *jus ducendi et retinendi* existait en réalité au profit du créancier qui prétendait le mettre à exécution, que portait directement ou indirectement le débat entre le créancier et le *vindex*. Mais on ne saurait voir avec Unger dans la *manus injectio* une revendication s'exerçant par l'*actio sacramenti in rem*, et dans le *vindex* un défendeur à cette revendication.

En effet, si la *legis actio per manus iniectionem* était une revendication en détention du débiteur, une revendication ne différant des autres, qui sont intentées par l'*actio sacramenti in rem*, que par l'espèce du droit réel prétendu (que le demandeur doit faire connaître par une de ces explications complémentaires auxquelles fait allusion le *secundum suam causam sicut dixi* de la formule de la *vindicatio* dans l'*actio sacramenti in rem* ³⁷), c'est cette dernière formule qui devrait être employée, et non pas la formule spéciale et toute différente que nous a transmise Gaius ³⁸. Bien plus, si cette procédure réunissait tous les caractères d'une *actio sacramenti in rem*, non seulement la main-mise opérée de part et d'autre sur le débiteur objet de la *vindicatio*, sorte de *consertio manuum*, mais encore l'enjeu d'un

37. GAIUS, IV, 16.

38. GAIUS, IV, 21.

sacramentum, l'attribution de *vindiciae*, si en réalité elle était une véritable *actio sacramenti*, — et Unger lui donne ce nom, — pourquoi lui avoir fait une place à part, pourquoi l'avoir élevée au rang d'une *legis actio* particulière ? Si la *manus injectio* était rentrée dans l'*actio sacramenti*, il n'y aurait plus eu cinq actions de la loi, mais seulement quatre. Dans le système d'Unger, la formule spéciale et l'existence même de la *legis actio per manus injectionem* comme action de la loi *sui generis*, ne se comprennent donc pas : tout au plus aurait-on pu voir une action distincte dans la *manus injectio pura*, qu'il paraît impossible de ramener à l'action réelle *per sacramentum*. On ne voit pas, en effet, comment le *prensus* se contre-revendiquerait lui-même ; ce serait en tous cas contraire au principe qu'Unger a posé à la base de son système, que nul ne peut être à la fois l'objet d'un procès et partie au procès.

Cette impossibilité de voir dans la *manus injectio pura* une *actio sacramenti in rem*, qu'Unger lui-même reconnaît implicitement ³⁹, peut encore servir d'argument contre sa théorie. D'après l'exposé de la *legis actio per manus injectionem* que présente Gaius, pour celui-ci, évidemment, la *manus injectio judicati*, la *manus injectio pro judicato*, et la *manus injectio pura* ne sont que les variantes, les modalités d'une même action de la loi. A un mot près, le mot *judicati* modifié ou supprimé, c'est toujours la même formule, et la grande différence qu'il relève entre la *manus injectio pura* et les autres formes de la *manus injectio*, c'est que le saisi fait lui-même dans la *manus injectio pura* ce

39. « Le saisi, dit UNGER, p. 204, a le droit de *manum sibi depellere* ; il en résulte qu'il conserve son indépendance pleine et entière et qu'il peut en personne diriger le procès sur sa dette ».

qu'un *vindex* doit faire dans les autres *manus injectiones* ; mais saisi ou *vindex* agissent suivant la même procédure ; on ne saurait admettre que dans un cas la procédure fût une *actio sacramenti in rem*, dans l'autre une *legis actio per manus injectionem*, action spéciale, sans que Gaius fit aucune allusion à cette différence essentielle.

Les effets de la procédure en *vindicatio* imaginée par Unger fournissent aussi contre elle une objection décisive, car ils sont inconciliables avec quelques-uns de nos textes. Lorsque le *vindex* succombe, les conséquences de la perte du procès atteindraient, suivant Unger, le débiteur lui-même : c'est le débiteur qui serait emmené par le créancier, à moins qu'il ne payât la dette ou même le double, au cas où *lis infitiando crescit in duplum*. Quant au *vindex*, il ne perdrait que le *sacramentum* qu'il a exposé. Or, il est certain, au contraire, que la perte du procès entraînait pour le *vindex* une responsabilité plus lourde : il était tenu, avec le débiteur ou à sa place, du montant de la dette ou même du double. C'est ce qu'on pourrait conjecturer d'après le passage dans lequel Gaius nous apprend que, même après la loi Vallia, le *judicatus* et celui *pro quo depensum est* devaient fournir un *vindex* à la place duquel ils devaient de son temps *judicatum solvi satisdare*⁴⁰. Ne doit-on pas admettre que l'obligation de la *cautio judicatum solvi* avait son origine dans une obligation analogue du *vindex* ? L'obligation du *vindex* résulte aussi, d'une façon positive, du passage des XII Tables *ADSIDUO VINDEX ADSIDUUS ESTO...* qui s'appliquait certainement au *vindex* de la *legis actio per manus injectionem*, car nous retrouvons cette dis-

40. GAIUS, IV, 25.

position dans le passage de la *lex Coloniae Juliae Genetivae* consacré à la *manus injectio* : *vindex arbitratu II viri qui ve jure dicundo praeit, locuples esto*. Pourquoi aurait-on soumis le *vindex* à des conditions de solvabilité, s'il n'encourait que la perte du *sacramentum*? Tout ce qu'on eût pu exiger de lui, c'eût été qu'il fût en état de payer le *sacramentum*. Or, il n'était pas besoin pour cela de garanties spéciales de solvabilité, puisqu'à l'origine le plaideur *per sacramentum* déposait la *summa sacramenti*, et que plus tard il devait fournir des *praedes sacramenti* : dans toute *actio sacramenti* la marche même de la procédure assurait le paiement de la *summa sacramenti* par la partie qui succombait. La perte éventuelle du *sacramentum* ne peut donc expliquer la prescription de la loi des XII Tables et de la *lex Coloniae J. G.* Il faut que le *vindex* ait été plus gravement responsable, qu'il soit à un titre quelconque tenu de la dette originaire. Mais, répond Unger, on ne peut de la prescription des XII Tables et de la *lex Coloniae* conclure à la responsabilité personnelle du *vindex* ; car la prescription s'appliquait d'une manière générale à tous les cas d'intervention d'un *vindex*, alors même qu'il ne pouvait être question d'une responsabilité personnelle, comme pour le *vindex alienae libertatis*. Il y a là une affirmation sans fondement : il n'est pas prouvé le moins du monde que la disposition se soit appliquée à l'*assertor libertatis* : celui-ci d'ailleurs était responsable en ce que, s'il succombait, il devait rendre au maître l'esclave *cum fructibus*. Mais le paiement éventuel d'une indemnité, au cas d'inexécution de cette obligation, était assuré par la dation de *praedes litis et vindiciarum*.

Enfin, la difficulté capitale qu'il y a à concilier le rôle du

vindex avec le principe de la non-représentation, Unger croit l'é luder parce que, d'après sa théorie, le *vindex* ne serait pas un représentant, du moins en apparence, la question de l'existence de la dette du *prensus* ne faisant pas l'objet immédiat du procès, et n'étant examinée qu'indirectement. Mais la question même sur laquelle porte immédiatement le débat, suivant lui, celle de savoir si le saisisant a un *jus ductionis* sur le saisi, le *vindex* ne peut la discuter *proprio nomine*. Défendeur à l'action réelle qui a pour objet le saisi, il est un véritable représentant de celui-ci, et quant au fond des choses, puisque toutes les conséquences de l'action, à part la perte du *sacramentum*, se produisent en la personne du débiteur, et même quant à la forme, car le *vindex* déduit dans la formule qu'il a à prononcer un droit qui n'est pas le sien. Quand il nie le droit du créancier sur le *judicatus*, il parle pour autrui ; c'est ce qui constitue la véritable exception au principe formaliste d'après lequel celui-là seul qui se dit titulaire d'un droit ou qui nie être le sujet passif d'un droit, peut exprimer dans la formule solennelle sa prétention ou sa dénégation. La meilleure preuve, d'ailleurs, que le rôle du *vindex*, compris à la façon d'Unger, est contraire à la règle *Nemo alieno nomine lege agere potest*, c'est sa parfaite ressemblance avec celui de l'*assertor libertatis* dans le procès *pro libertate*, cas d'exception. Que le *vindex* de la *manus injectio* nie l'espèce de droit de gage que le créancier fait valoir par une action réelle sur le *judicatus* ou le *quasi judicatus*, ou que l'*assertor*, combattant la *vindicatio in servitutumem*, nie le droit de propriété du demandeur sur le prétendu esclave, les situations sont exactement les mêmes pour les deux défendeurs ; il n'y a de différence dans le droit réel discuté. Cette diffé-

rence n'est pas assez grande, d'ailleurs, pour qu'on ne puisse dire que, d'après l'opinion d'Unger, le *vindex* agit *pro libertate*, au sens large, et rentre par conséquent dans l'exception qu'indique Justinien.

La qualité de représentant, qu'Unger essaie de dissimuler, a été reconnue au *vindex* par M. Hugo Krüger, qui a repris, en la rattachant à un système général sur les actions de la loi et sur l'origine des obligations, la thèse d'après laquelle le *vindex* est défendeur à une action réelle ⁴¹.

Cette action, c'est la revendication (*vindicatio in servitute*). Elle s'exerce par la procédure que l'on désigne ordinairement par *legis actio sacramenti in rem*, qui a été d'abord la seule existante, et qui contient toutes les *legis actiones*. Ce qu'il faut entendre par *legis actio*, au sens propre et originaire, ce n'est pas, en effet, une procédure complète, un des cinq *modi lege agendi* que décrit Gaius, c'est simplement un acte procédural isolé : « La *legis actio per manus injectionem* et la *legis actio sacramenti* étaient deux actes appartenant à la même procédure en revendication. La *legis actio sacramenti* est proprement l'acte de la *provocatio sacramento*, et la *legis actio per manus injectionem*, l'acte de *vindicatio* ⁴² qui précédait celui-ci et l'acte de *postulatio*. Toute la procédure *per sacramentum*, comme on dit, appelée plus exactement en tant qu'elle est réelle procédure en revendication, se compose d'une série d'actes procéduraux distincts, à entreprendre par les deux parties, qui sont tous des actions de la loi, parce que pour

41. HUGO KRÜGER, *Geschichte der capitis deminutio*. V. surtout le § 41, pp. 192 et suiv.

42. La *vindicatio*, au sens où l'entend ici M. Hugo Krüger, consistait à saisir un objet en indiquant quel droit on prétendait exercer sur lui.

eux, dès le commencement, des formes particulières et solennelles étaient prescrites : ce sont la *legis actio per manus injectionem*, *per festuæ impositionem*, (*per provocationem*) *sacramento*, *per comperendinationem* (*condictionem*). Enfin, à la procédure principale peut se joindre une procédure accessoire qui est ménagée par un acte de partie, la *legis actio per arbitri (judicis) postulationem* ⁴³ ». Certains de ces actes ont caractérisé plus tard des procédures particulières qui se sont détachées de la procédure originale, unique et générale : de là, le second sens plus étendu de *legis actio*.

La procédure par laquelle s'exerce l'*actio judicati* coïncide donc avec celle par laquelle on revendique la propriété d'une chose ou d'un esclave, avec celle aussi par laquelle on actionne un débiteur. Pour employer le langage ordinaire, la *legis actio per manus injectionem*, la *legis actio sacramenti in rem* (*rei vindicatio* ou *vindicatio in servitutem*), la *legis actio sacramenti in personam* même se confondent ; car, en chacune d'elles on retrouve tous les éléments dont se composent aussi les autres, *manus injectio*, *provocatio sacramento*... Cela s'expliquera quand on aura vu qu'elles font valoir une sorte de droit unique, le droit réel, et qu'il n'y a pas en droit romain, à l'origine et pendant longtemps, à proprement parler, d'obligation, de créancier ni de débiteur. Celui qui a donné de l'argent ou celui qui a obtenu un jugement, a droit à la propriété de la personne de celui qui a reçu l'argent ou qui a été condamné, du *nexus* ou du *judicatus*. — Ce droit de propriété devient plus tard un droit réel un peu différent. — Quand le créancier agit

43. H. KRUEGER, *loc. cit.*, pp. 200, 201.

contre le débiteur *nexus* ou *judicatus*, il veut le réduire en servitude.

Quant à l'identité des formes de ces actions, elle se constate par leur comparaison⁴⁴. Que l'on rapproche la revendication en propriété des choses ou des esclaves, *rei vindicatio* ou *vindicatio in servitute*, de l'*actio judicati* : dans chacune de ces actions on retrouve une *vindicatio* ou *legis actio per manus injectionem*, extrajudiciaire, et une judiciaire.

La *rei vindicatio*, en effet, a lieu d'abord extrajudiciairement. Cette *vindicatio* extrajudiciaire de la chose est nécessaire pour que le *vindicans* puisse la faire paraître devant le magistrat ; c'est en quelque sorte la citation *in jus* de la chose revendiquée. Il en est de même dans la *vindicatio in servitute* ordinaire, quand le *vindicans* veut faire valoir son droit de propriété sur un prétendu esclave vivant dans une liberté de fait. Cette *vindicatio* extrajudiciaire est une *legis actio*, et quand elle est mentionnée dans les textes elle est désignée par *manus injectio* ; c'est donc une *legis actio per manus injectionem* ; cette expression ne contient en soi aucune limitation au cas où l'objet est une personne ; on peut *manum injicere* non seulement *re*, mais *rei* : *nam manus injectio dicitur quoties..... rem nobis debitam vindicamus*⁴⁵. La *legis actio per manus injectionem* n'est donc rien de particulier à l'exécution personnelle, mais elle appartient à toute revendication. Si plus tard le terme est employé dans un sens plus étroit et ne s'applique qu'à l'exécution personnelle, c'est que dans le temps postérieur aux XII Tables l'*actio judicati* n'est plus une *vindicatio in*

44. *Ibid.*, pp. 201 *in fine* et suiv.

45. SERVILIUS, *in Aen.*, X, 449.

servitutem ; l'*addictus* n'est plus l'esclave quiritaire du créancier ; aussi la formule de l'*actio judicati* s'est changée et est devenue celle que Gaius nous a transmise ; pour désigner deux choses devenues différentes, on emploie deux expressions distinctes : *legis actio per manus injectionem* pour l'*actio judicati*, *actio sacramenti* pour les revendications en propriété.

La *manus injectio* extra-judiciaire qui précède l'*actio judicati* comme tout procès réel, a le même but que toute *vindicatio* extra-judiciaire. Le *judicatus* est l'objet de la *legis actio* ; c'est en cette qualité que sa présence est requise ; il est amené *in jus* comme une chose ; traité comme une *res*, il ne pourra pas procéder lui-même *in jure* plus que l'esclave⁴⁶.

La *manus injectio* extra-judiciaire ou *vindicatio*, ne sert point uniquement à la préparation du procès. Appliquée aux choses, elle était un moyen d'en acquérir la possession et la propriété ; opérée sur le *judicatus* ou sur le *confessus*, elle réalise le droit que le créancier a à la propriété de ce *judicatus* ou de ce *confessus*, celui-ci n'est pas en effet, par suite du non-paiement, *ipso jure*, l'esclave du créancier. C'est par la *manus injectio* que celui-ci, qui n'avait qu'un *nudum jus* à la possession et à la propriété, se rend effectivement possesseur et propriétaire.

La *manus injectio* extra-judiciaire soit sur une *res*, soit sur un *judicatus*, peut être ou n'être pas combattue par un *contravindicans* ou *vindex*. Le *vindex*, qui *vim esse dicit*, est celui qui prétend que la *manus injectio* qui vient d'être opérée, est une violence sans fondement, *vis*. Il la combat en

46. H. KRUEGER, *cit.*, pp. 203 et 204.

saisissant à son tour l'objet où la personne saisie, ce qui est proprement *manum adserere*, jusqu'à ce qu'un ordre du prêteur, adressé au *manum injiciens* et à lui, leur fasse lâcher prise. Il agit dans un but directement opposé à celui du *manum injiciens*, et prétend avoir un droit contraire à celui qu'affirme celui-ci. Affirmer un droit sur un objet qu'on saisit, ce que fait le *vindex*, c'est *vindicare* ; ce mot convenait et s'est appliqué aussi à l'acte du *manum injiciens*, et *vindicatio* a désigné la prétention qui accompagnait le geste de saisir, fait soit en demandant, soit en défendant, par le *manum injiciens* ou par le *vindex*. En même temps et de même que *legis actio per manus injectionem* ne désignait plus que l'*actio judicati* et les actions assimilées, *vindex* a pris le sens spécial et restreint de défendeur à ces actions⁴⁷. Comme le *manum injiciens* prétend au *dominium ex jure Quiritium*, (après les XII Tables, à un droit réel différent, mais analogue), le *vindex* oppose à sa *vindicatio in servitutem* une *contravindicatio in libertatem*.

S'il n'y a pas opposition de la part d'un *vindex*, une *addictio* confirmant plus tard la *manus injectio* ne pourrait établir de *res judicata* contre personne. Cependant les XII Tables ont prescrit qu'il devait y avoir une *addictio*, même au cas où la *manus injectio* n'aurait pas été contestée, parce qu'il ne fallait pas qu'un citoyen romain pût devenir l'esclave d'un de ses concitoyens sans l'assentiment du peuple représenté par le magistrat ; de cette disposition il résulte que ce n'est plus comme antérieurement la *manus injectio* mais l'*addictio* qui fonde la propriété. Dans la revendication des choses, la *manus injectio* sur la *res* sera

47. *Ibid.*, p. 209.

aussi confirmée par une *addictio*, mais dans ce cas il y aura toujours forcément *res judicata* contre quelqu'un, contre le possesseur antérieur ⁴⁸.

S'il se présente un *vindex* pour combattre la *manus injectio* opérée sur une personne ou *vindicatio in servitutem*, l'*addictio* qui interviendrait contre lui n'aurait force de chose jugée qu'à son égard ; elle n'empêcherait pas une autre personne de revendiquer, comme *vindex*, l'*addictus in libertatem* ⁴⁹. « La *contravindicatio* du *vindex* se distingue des autres *contravindicationes* en ce que le *vindex* ne fait pas valoir un droit propre, mais *représente* réellement le saisi qui ne peut, étant l'objet de la *vindicatio*, réclamer lui-même sa liberté. Comme dans la *rei vindicatio*, quiconque veut, c'est-à-dire pense avoir lui-même un droit sur la chose, et non pas seulement le propriétaire antérieur de la chose, peut intervenir comme *contravindicans*, de même, quiconque veut, c'est-à-dire est persuadé du droit du débiteur, peut prendre le rôle de *vindex*.

Qu'un *vindex* puisse intervenir extrajudiciairement pour le *judicatus*, on le voit par la Table III de la loi des XII Tables, « car, quand il y est dit AUT QUIS ENDO EO IN JURE VINDICIT, l'*in jure vindicare* nécessite l'opposé, l'*extra jus vindicare*, de même que l'*in jure manus conserere* de la table VI, 5 a (d'après Bruns, fragment plus exactement placé par Voigt dans la table I), qui désigne la *vindicatio* et la *contravindicatio*, suppose un *extra jus manus conserere*, c'est-à-dire une *vindicatio* et une *contravindicatio* extrajudiciaires. Du reste, comme dans la *vindicatio* en général, il peut intervenir comme *contravindicans extra jus* une autre per-

48. *Ibid.*, p. 205.

49. Arg. de Cic., *Pro domo*, C. 22, § 78.

sonne que plus tard *in jure*. Le premier n'est point obligé de prendre la défense aussi *in jure*..... Si aucun *vindex* n'intervient pour le débiteur, il est *indefensus*, tout comme la *res* est *indefensa* si aucun *contravindicans* ne se présente ; mais si quelqu'un revendique le débiteur *in libertatem* dès extrajudiciairement, cela a pour le *vindicans in servitute* cette signification qu'il doit renoncer à son droit de propriété sur le débiteur ou porter l'affaire devant le préteur » ⁵⁰.

In jure, se renouvellent, comme dans la revendication des choses, *res*, la *vindicatio in servitute* et aussi, au cas d'intervention d'un *vindex*, la *contravindicatio in libertatem*. « Comme l'*addictio* du débiteur au créancier, au cas où il n'y a pas *contravindicatio*, est remise d'après les XII Tables à soixante jours, tout particulier est libre pendant tout ce délai, à tout moment, d'intervenir comme *vindex* ». Il revendique d'abord extrajudiciairement le débiteur détenu pour sa dette ; le créancier *contravindicat in servitute* aussi extrajudiciairement ; puis le *vindex* renouvelle *in jure* sa revendication *in servitute*. Si le créancier s'abstient de sa *contravindicatio in jure*, le *vindex* demande au préteur l'*addictio in libertatem* : *N. N. liber* ou *homo liber est*. S'il y a au contraire une *vindicatio* et une *contravindicatio*, le débat juridique s'engage. Les deux adversaires, créancier et *vindex*, comme dans toute revendication, en viennent au deuxième acte de procédure, la *provocatio sacramento*, réciproque et solennelle, qui conduit à la procédure *in judicio*.

Si le *sacramentum* du créancier est déclaré *justum*, celui

50. H. KRUEGER, p. 206.

du *vindex*, *injustum*, le *vindex* perd la *summa sacramenti*, et tout rapport de droit cesse entre lui et le créancier. Celui-ci n'a plus qu'à se faire *addicere* le débiteur par le prêteur. Il en est ainsi du moins si le créancier peut encore s'emparer du *judicatus*, s'il le retrouve à sa disposition et peut faire prononcer contre lui l'*addictio*. Dans le cas contraire, le *vindex*, qui aurait dû le restituer, encourt la *pœna dupli*, le montant de la dette étant le simple ; mais il n'y a là encore rien de spécial à l'*actio judicati* : le *vindex* avait reçu les *vindiciae*, d'après le principe *vindiciae semper pro libertate*, et la *sententia judicii* a montré que *vindiciam falsam tulerat*. Or tout *vindicans* à qui les *vindiciæ* ont été attribuées à tort, encourt la *pœna dupli* (Table XII, 3), s'il ne peut, pour quelque raison que ce soit, procurer à l'adversaire l'objet de la *vindicatio* ⁵¹.

Comme l'*actio judicati*, l'action dirigée contre le *nexus* est une véritable *vindicatio in servitutem*. La *manus injectio* sur le *nexus*, comme la *manus injectio judicati* est donc identique avec la procédure que l'on est habitué à désigner par *legis actio sacramenti in rem*, et elle se confond avec l'*actio sacramenti in personam*. C'est que pendant longtemps à Rome on ne connaît que le droit réel ; pas de droit de créance, mais un droit réel appartenant à celui qui a fourni de l'argent sur la personne de celui qui l'a reçu.

En effet ⁵², l'antique contrat de *nexum* n'est d'abord qu'une vente au comptant que faisait de sa propre personne le plébéen aux abois pour procurer le prix à sa famille, et à la suite de laquelle, par l'effet de la *manus injectio* extrajudiciaire immédiatement exercée par le patricien

51. *Ibid.*, pp. 207, 208.

52. *Ibid.*, § 15.

acheteur, il devenait, d'une façon ferme, l'esclave de celui-ci. L'autorisation des *comices centuriates*, d'abord nécessaire à cette acquisition de la personne d'un citoyen par un autre, devint une simple formalité et fut suppléée par la présence des cinq témoins ⁵³.

Puis, la vente au comptant devint une vente à terme et conditionnelle : le bailleur de fonds « a un *nudum jus* éventuel sur la personne du preneur ». Celui-ci par une *lex dicta* se déclare *damnus*, c'est-à-dire autorisé ⁵⁴ à rendre l'argent ; il acquiert par là le droit d'éviter la réduction en servitude en payant au temps légal ⁵⁵. C'est toujours par sa *manus injectio* extrajudiciaire que le bailleur de fonds acquiert la propriété de l'emprunteur. Cependant on oublia que le *nexus* devenait esclave avec l'autorisation d'une loi du peuple fictive ; et on trouva nécessaire l'*addictio* du prêteur, même au cas où la *manus injectio* ne rencontrait pas d'opposition de la part de tiers ; la force de fonder la propriété fut perdue par la *manus injectio* extrajudiciaire et passa à l'*addictio*. Ce changement résulte des XII Tables ⁵⁶.

Nouveau degré de l'évolution : du droit du *nexus* de se libérer avec de l'argent résulta pour le prêteur le droit d'exiger le paiement ; (il n'avait avant que le droit de réduire l'emprunteur en servitude) ; « de telle sorte que le *nexum* fit naître le droit de demander la somme d'argent déterminée que l'autre était obligé de fournir. A la vérité, cela ne concerne que la conséquence du *nexum*, quant au fond du droit, car le créancier n'avait pas une action personnelle sur l'*aes certum* », il n'avait toujours que la *condi-*

53. *Ibid.*, pp. 297, 298.

54. *Ibid.*, pp. 304 et suiv.

55. *Ibid.*, pp. 301 et s., p. 294.

56. *Ibid.*, pp. 309 et 205.

catio in servitutum ; « en elle apparaissait toujours la vraie nature du *nexum*⁵⁷ ».

Mais, dès avant les XII Tables, la *lex Vallia* donna au *nexus* le droit de *manum sibi depellere*⁵⁸. Les XII Tables elles-mêmes introduisirent l'*in jus vocatio* à la place de la *manus injectio* extra-judiciaire⁵⁹. Le défendeur n'est plus maintenant objet du procès, mais partie au procès ; la *manus injectio* a perdu, quant au fond du droit, le caractère de la *vindicatio in servitutum* : elle est plutôt maintenant « une forme de procédure destinée à faire constater si le défendeur doit au demandeur un *certum aes*⁶⁰. Aussi le demandeur affirme de la façon qu'indique Gaius une dette à cause de laquelle il *manum injicit*. Cette *manus injectio* et les paroles *manum injicio*, *manum depello*, ne sont plus qu'une forme par laquelle le prêteur s'est trompé et a trompé les autres sur la transformation capitale de la procédure, sur l'entier et véritable abandon de l'ancienne *manus injectio*⁶¹. Celle-ci a subsisté avec sa signification de *vindicatio in servitutum*, dans le cas où elle était exercée sur le fondement d'un jugement et dans les cas assimilés. La *manus injectio iudicati* ou *pro iudicato* conserva la nature d'une action purement réelle. La *legis actio per manus injectionem pura* « serait plutôt comparable à l'action personnelle⁶² ». Plus tard et sans doute seulement après la disparition du *nexum*, la *legis actio per manus injectionem pura* devint la forme de véritables actions personnelles ; elle reçut dans

37. *Ibid.*, p. 309.

38. *Ibid.*, p. 310.

39. *Ibid.*, p. 323.

60. *Ibid.*, p. 336.

61. *Ibid.*, p. 333.

62. *Ibid.*, p. 337.

son domaine les plus anciennes actions civiles *in personam*.

En résumé, d'après M. Hugo Krüger, toute action intentée *per manus injectionem* contre un *nexus*, contre un *judicatus* ou contre quelqu'un tenu *pro judicato*, est une véritable *vindicatio in servitute*. C'est que le droit romain ancien n'a pas connu la véritable obligation. Il n'a connu qu'un droit réel, droit de propriété ou plus tard droit analogue, sur la personne de celui que nous appelons débiteur. La procédure par laquelle s'exerce ce droit se confond donc naturellement avec celle par laquelle s'exerce le droit de propriété sur les choses : elle consiste en une série d'actes distincts qui sont les *legis actiones*. Le rapport véritable qui existe entre la *legis actio per manus injectionem* et la *legis actio sacramenti*, c'est que chacune d'elles est un des éléments, une des phases de cette procédure longtemps unique et générale. Le *vindex* est le défendeur à l'action en revendication, spécialement à celle intentée contre un *nexus*, un *judicatus* ou une personne tenue *pro judicato* : comme elle est une *vindicatio in servitute*, il est, lui, un *contravindicans in libertatem*. Il représente le saisi, qui ne peut se défendre lui-même et être partie au procès, car il en est l'objet.

Le système de M. Hugo Krüger semble prouver chez son auteur plus d'ingéniosité hardie que de scrupuleuse fidélité aux renseignements qui nous sont fournis par les sources. « Il y a, à la vérité, dans les plus anciens temps de l'histoire du droit romain un champ largement ouvert aux hypothèses de toute sorte ; si l'on corrige encore sans façon nos textes déjà trop rares, on peut alors faire tout de tout » ⁶³.

63. TH. KIPP., *Litterat.* (Z. d. Sav. Stift., 1888), p. 172.

En ce qui concerne d'abord la formation du droit d'obligation, dont la théorie qu'il propose est le fondement de tout le système de M. Krüger, il y a sans doute lieu de croire qu'à l'origine, chez les tribus italiotes et peut-être chez les premiers Romains, comme chez les peuplades germaniques, on ne connaissait en fait de droit qu'un pouvoir unique (*manus, mund*), s'exerçant par la main-mise sur son objet, assez mal défini d'ailleurs, et dans lequel se confondaient droit de puissance du père de famille, droit réel et droit personnel. Mais on ne peut en conclure que le droit romain pendant une période considérable de sa durée, tout en ayant su dégager la notion du droit réel, ait ignoré celle de l'obligation. L'idée d'obligation, variété de celle de devoir que la conscience même fait connaître à l'homme, n'est guère plus abstraite en soi que l'idée de propriété, et si l'exercice de la propriété, la possession, est perceptible par les sens, il en est de même de la prestation, exécution de l'obligation. L'obligation n'a donc pas dû se faire jour à Rome aussi tardivement qu'on veut bien le dire.

L'origine du *nexum*, telle que la conçoit M. Krüger, comme une vente *au comptant et ferme* de l'emprunteur est hautement invraisemblable⁶⁴. Il est également peu pro-

64. Il serait beaucoup plus satisfaisant d'admettre avec M. GRADENWITZ, *loc. cit.*, p. 292, que l'obligation dans sa forme primitive a été la mise en gage de la personne du débiteur, lié pour une somme, *ob* (X) *ligatus*. On retrouve le même terme technique *ob*, dans la formule de la *man. inj.* : *ob eam rem ego tibi... manum injicio*. Le *fundus*, le *servus* donnés *fiduciæ causa mancipio*, sont *obligati ob sest. X*, ou aussi *empti ob sest. X.*, et ils sont la propriété du créancier, mais seulement jusqu'à ce que la dette soit payée. Est-elle payée, le fondement de la propriété tombe; il y a lieu à *usureceptio*. Dans le droit classique du gage, le tiers possesseur peut, en satisfaisant le créancier, conserver la chose. Ceci est l'*obligatio*

bable que la *damnatio* de l'emprunteur, introduite plus tard, n'ait été qu'une clause lui accordant la faculté de se racheter. L'idée favorable qu'elle exprimerait s'accorde mal avec le sens du mot *damnas* et des mots qui ont avec celui-ci quelque parenté. Enfin les renseignements les plus certains et qui se rapportent à l'époque la plus lointaine, que nous possédions, sont contraires à l'opinion que pendant longtemps le débiteur fut l'esclave quiritaire du créancier. Indépendamment de la règle connue qu'un citoyen romain ne pouvait devenir l'esclave de l'un de ses concitoyens⁶⁵, qui eût pu comporter des exceptions, une controverse entre les anciens jurisconsultes, mentionnée par Gaius, III, 189, prouve que l'état de l'*addictus* était différent de celui du *servus*. La disposition des XII Tables d'après laquelle les créances se divisent de plein droit entre les héritiers, établit aussi d'une manière manifeste l'existence très ancienne des obligations. La limitation de cette disposition aux obligations délictuelles aurait un caractère tout arbitraire, qui ne saurait surprendre, il est vrai, de la part d'un auteur qui place résolument la loi Vallia, contrairement aux affirmations de Gaius, antérieurement à la loi des XII Tables.

Il semble d'ailleurs qu'il y ait dans l'esprit de ceux qui contestent l'existence très ancienne de l'obligation, une confusion entre le droit d'obligation lui-même et sa sanction. L'inélégance de celle-ci, le principe que le débiteur qui ne paie pas est tenu de toute sa personne, et, s'il veut se

rei : transfert de la propriété *ob sest. X*, et retour, s'ils sont payés. Pourquoi n'y aurait-il pas eu dans le plus ancien droit l'*obligatio hominis ob sest. X*, avec perte de la personnalité et saisie du débiteur, mais avec retour par le paiement de X ou XX ?

65. V. MOMMSEN, *Dr. public* (tr. P. F. GIRARD), VI, p. 47.

laisser emprisonner, ne peut être contraint à exécuter directement l'obligation, n'autorisent pas à nier l'existence d'une obligation véritable, mais munie seulement d'un moyen de contrainte indirect. Sinon, il faudrait aller jusqu'à nier l'existence de l'obligation, même à l'époque formulaire. Car, alors, à cause du principe de la condamnation pécuniaire, le créancier, dans quantité de cas, n'obtenait pas la prestation à laquelle il avait droit, mais seulement l'équivalent pécuniaire, et cet équivalent même n'était pas recouvré directement, mais par la vente de l'universalité de la fortune du débiteur. Ce système, comme on sait, ne fut modifié que peu à peu au cours de l'Empire. Nier ici l'obligation véritable, et à sa place attribuer au créancier un droit éventuel sur toute la fortune du débiteur, ne serait pas plus erroné que de substituer à l'obligation de l'ancien droit un droit réel sur la personne ou même sur les parties du corps du débiteur⁶⁶.

Ce droit sur la personne physique du débiteur n'est que la sanction de l'obligation ; mais l'action par laquelle il s'exerce n'est-elle pas du moins une action réelle ? A vrai dire, la *manus injectio* est surtout un moyen de contrainte *sui generis*, qu'il est difficile de faire entrer dans la classification des actions personnelles ou réelles. Ce n'est certainement pas une *vindicatio in servitutem*, puisque le débiteur, ni avant ni après l'*addictio*, n'est un *servus* ; mais, en tant qu'elle fait valoir un pouvoir appartenant au créancier sur la personne physique du débiteur, la *legis actio per manus injectionem* est en effet comparable aux actions réelles. Est-ce à dire qu'il faille la confondre avec l'*actio sacra-*

66. TH. KIPP, *cit.*, pp. 176, 177.

menti in rem? Sur ce point, le système de M. Krüger paraît purement arbitraire : il contredit formellement et de tous points les renseignements que nous a laissés Gaius, notre source d'informations la plus sûre. Que l'expression *legis actio* ne désigne pas seulement une procédure d'ensemble, mais aussi un acte de procédure particulier, cela est sans difficulté⁶⁷, et il est très vraisemblable que le sens étroit a été le sens originaire. On savait déjà que les cinq *modi lege agendi* n'avaient pas coexisté à l'origine. Il est enfin très probable qu'entre la forme primitive de l'action réelle et le plus ancien procédé d'exécution des droits de créance, il y eut une très grande analogie. Mais que pendant longtemps il n'y ait eu qu'une procédure unique, en laquelle se confondaient celles que l'on est habitué d'appeler la *legis actio sacramenti in rem*, la *legis actio sacramenti in personam*, la *legis actio per manus injectionem*, et dont la *pignoris capio* n'était qu'une variété, on ne peut l'accorder, car c'est en contradiction formelle avec le témoignage de Gaius. Notamment, d'après celui-ci, l'action *sacramenti in personam* et la *legis actio per manus injectionem* sont des procédures très distinctes, l'une ayant un domaine général, l'autre étant spéciale à certains cas particuliers : comment en faire une procédure unique admise seulement dans des hypothèses déterminées⁶⁸? En ce qui concerne spéciale-

67. V. notamment GAIUS, IV, 10, comp. 32.

68. Ajoutons que d'après Gaius les actions *sacr. in rem* et *per pignoris cap.*, sont deux sortes de procédures différentes : M. H. Krüger les tient pour une même procédure. D'après Gaius, la *l. a. p. jud. post.*, est plus ancienne que la *condictio* : M. Krüger ne le reconnaît que pour les actions délictuelles ; pour les autres, il fait dériver la *l. a. p. jud. postulationem*, en tant que procédure particulière, de la *condictio*, par la simplification de celle-ci. D'après Gaius, la *leg. a. p. cond.* fut introduite pour

ment les formes de la *legis actio per manus injectionem*, on peut faire à la théorie de M. Krüger presque toutes les objections qui ont été faites à celle de Unger. Il est impossible d'admettre que la procédure *per manus injectionem* comportât une *provocatio sacramento* : de quibus rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur, dit Gaius (iv. 13), et il ajoute un peu plus loin : *per manus injectionem de his rebus agebatur de quibus ut ita ageretur lege aliqua cautum erat. Per manus injectionem agere*, c'est donc agir autrement, *aliter agere*, que par l'emploi du *sacramentum*.

Nous retrouvons aussi toutes les objections que soulève le résultat de la *manus injectio* quand on l'assimile à l'*actio sacramenti in rem*. Si le gain du procès par le *manum injiciens* entraîne pour le débiteur la *domum ductio*, et pour le *vindex*, seulement la perte du *sacramentum*, pourquoi les conditions de solvabilité particulières qu'impose la loi ? M. Krüger les passe sous silence, les nie même : « quiconque veut, c'est-à-dire est persuadé du droit du débiteur, peut prendre le rôle de *vindex* ». C'est oublier la prescription des XII Tables ADSIDUO VINDEX ADSIDUUS ESTO, dont l'application au *vindex* de la *legis actio per manus injectionem* est confirmée par celle de la *lex Coloniae Juliae Gentiliae* : *vindex arbitratus II viri locuples esto*. Sans doute, M. Krüger admet qu'au cas où le *vindex* ne pourrait produire le débiteur et le remettre au pouvoir du créancier, il devrait payer le double : mais, en vue de cette obligation

des prétentions portant sur certains objets : d'après M. Krüger, elle a été introduite pour des prétentions ayant une cause déterminée. Gaius aurait donc complètement brouillé, et sur les points essentiels, les rapports de toutes les *legis actiones* entre elles. V. TH. KIPP, *cit.*, p. 175.

éventuelle, de même que tout plaideur *per sacramentum* auquel sont attribuées les *vindiciae*, c'est-à-dire la possession provisoire, il aurait dû fournir des *praedes litis et vindiciarum* ; et alors, pourquoi, une fois encore, exiger une garantie spéciale ?

De plus, la *uplicatio condemnationis contra infitiantem*, sous le système formulaire, dans les actions intentées à l'époque antérieure *per manus injectionem*, est toute naturelle, si on admet que le *vindex* était tenu, en punition de son intervention injustifiée, du double de la dette contestée, le débiteur étant libéré, (ou du simple, en même temps que le débiteur ;) le débiteur, en effet, devenu sous le système nouveau son propre *vindex*, est frappé comme l'était celui-ci. Elle ne peut plus s'expliquer historiquement, au contraire, si le succès du *manum injiciens* aboutissait normalement à l'emprisonnement du débiteur. Car il n'y aurait pas eu, dans la *manus injectio*, de condamnation au double par le seul effet de la résistance, de l'*infittatio* ; elle aurait dépendu d'un autre fait : celui de la non-production du débiteur par le *vindex* à la suite du débat. Or, ce fait, précisément, aurait forcément cessé de se produire lorsqu'après la loi Vallia toute *manus injectio*, à deux exceptions près, était devenue *pura*. Le débiteur qui s'était défendu lui-même pouvait toujours être saisi : il n'y aurait plus eu lieu à condamnation au double : comment la *uplicatio* se serait-elle donc perpétuée jusque sous le système formulaire ?

On peut remarquer, enfin, qu'il est très conforme au génie des législations très anciennes que le créancier qui éprouve de la part du défenseur ou du débiteur une résistance injuste, reçoive un dédommagement, et qu'il profite de la peine infligée à l'adversaire dont il triomphe. Or, comme

le *sacramentum* dont la perte seule aurait frappé le *vindex*, était dévolu à l'État, il n'y aurait pas eu pour le créancier de compensation au préjudice que lui avait causé la résistance du *vindex*.

V. Ainsi, nous n'avons pu adopter aucun des systèmes qui faisant de la *legis actio per manus injectionem* une action identique ou analogue à la *vindicatio in servitutem*, et par conséquent une variété de la *legis actio sacramenti in rem*, considèrent le *vindex* comme une sorte d'*assertor libertatis*.

Nous avons déjà dû repousser ceux d'après lesquels le *vindex* défend le saisi dans un débat avec le *manum injiciens* revêtant la forme d'une action *in personam* (*sacramento* ou *per judicis postulationem*.)

Dans les uns et les autres, la question de savoir si le saisi devait être ou non soumis à la *manus injectio*, était examinée directement, que ce fût sans la forme personnelle (le *pensus* est-il *damnas* ou *judicatus*, c'est-à-dire saisissable?) ou sous la forme réelle (le *manum injiciens* a-t-il sur le *pensus* un droit réel, propriété ou *jus ductionis*, résultant d'une *damnatio* ou d'un *judicatum*?). Aussi le *vindex* ne pouvait la discuter qu'au nom du saisi. Nous avons d'ailleurs reconnu combien il aurait été difficile d'expliquer que les juriconsultes romains eussent pu énoncer en des termes aussi généraux que ceux dont ils se sont servis, la règle d'après laquelle la représentation est interdite dans les actions de la loi, si le *vindex* avait été une exception aussi manifeste qu'importante à cette règle.

La revue d'opinions que nous avons faite jusqu'à présent ne nous a donc guère conduits qu'à des résultats négatifs.

Ils ne nous seront cependant pas inutiles. Il est évident qu'il faut bien que le débat entre le *manum injiciens* et le *vindex*, qui naît de l'intervention de celui-ci, porte, directement ou indirectement, sur le point de savoir si le saisi peut être ou non soumis à la *manus injectio*. Nous savons désormais que la question n'est pas discutée directement, puisqu'elle ne l'est ni sous la forme d'action personnelle, ni sous la forme d'action réelle. Elle est donc discutée indirectement. D'autre part, les XII Tables et la *lex Coloniae Juliae Genetirae* indiquent que la responsabilité personnelle du *vindex* est en jeu. S'il succombe, il est tenu pour une cause quelconque envers le saisissant. Cette cause de responsabilité, d'obligation, ne peut être que son intervention, puisqu'il est un tiers étranger aux rapports entre le saisissant et le saisi. Or, en quoi consiste cette intervention ? A arrêter le cours de la *legis actio per manus injectionem*, comme le montrent les XII Tables et le texte de Gaius, d'après lesquels la *manus injectio* ne continue que s'il n'intervient pas de *vindex*. Le débat qui s'engage entre le saisissant et le *vindex*, après que celui-ci a interrompu la procédure d'exécution, ne peut donc porter que sur le point de savoir si, relativement à la *manus injectio*, le *vindex* a agi à bon droit ou injustement, c'est-à-dire s'il a eu raison ou tort, s'il a commis ou non un délit en paralysant la *manus injectio*.

Dès lors, la question s'éclaire, et le mécanisme de l'intervention du *vindex* et de son rôle dans la *legis actio per manus injectionem* devient apparent, en parfaite harmonie avec le caractère archaïque de l'institution, et s'accordant avec tous les textes.

Un soi-disant créancier a opéré la *manus injectio* sur son

prétendu débiteur, c'est-à-dire qu'il l'a saisi solennellement devant le magistrat ; le saisi ne peut se défendre lui-même ; il va être emmené par le saisissant. Le *vindex* intervient : il nie le droit du *manum injiciens* à la saisie, et en même temps il la fait cesser en arrachant le *prensus* à l'*injiciens*. Il paralyse donc la procédure commencée, il l'empêche de se poursuivre ; et cet effet de son intervention est toujours produit, qu'elle soit justifiée ou non, c'est-à-dire que la saisie qu'elle vient de mettre à néant, soit ou non illégitime.

Cela se comprend si l'on se rappelle les origines du rôle du *vindex*. Le *vindex* primitif faisait relâcher par la force la personne dont un adversaire s'était emparé, et en faveur de qui il intervenait, à raison ou à tort. La procédure s'étant organisée, le *vindex* n'emploie plus la force réelle pour délivrer le saisi qu'il croit injustement arrêté ; il en fait seulement une démonstration symbolique, vestige du passé ; mais le résultat est le même. L'effet moral et juridique de son intervention vaut l'effet physique de la violence autrefois mise en jeu : l'exécution est arrêtée, la *manus injectio* est paralysée, qu'elle soit ou non bien fondée.

C'est ce qu'indiquent les textes. Aux termes de la loi des XII Tables : NI JUDICATUM FACIT AUT QUIS ENDO EM JURE VINDICIT, SECUM DUCITO, et de la *lex Coloniae Juliae Genetivae* : ni vindicem dabit judicatumve faciet, secum ducito, l'exécution ne se poursuit, la *manus injectio* n'aboutit, que si aucun *vindex* n'intervient. C'est donc que l'intervention d'un *vindex*, fût-elle injustifiée, suffit à faire cesser la saisie. De même, d'après Gaius : qui vindicem non dabat domum ducebatur et vinciebatur, celui-là seul qui ne fournit pas de *vindex* est emmené chez le créancier : pour être re-

lâché, c'est donc assez de fournir un *vindex*; la mise en liberté du saisi ou la *domum ductio* est subordonnée non pas au résultat d'une discussion, à la preuve du droit du saisi ou du droit du saisissant, mais à ce seul fait qu'un *vindex* est ou n'est pas intervenu. Enfin, la définition de Festus est en harmonie avec cette conception: *Vindex, ab eo quod vindicat quo minus is qui pressus est ab aliquo, teneatur.*

Non seulement l'intervention du *vindex*, qu'elle soit juste ou injuste, met à néant la *manus injectio*, c'est-à-dire la procédure d'exécution de la créance, mais encore elle produit un autre effet plus radical, que j'aurai à établir en étudiant les effets de l'intervention: c'est d'éteindre la dette même du débiteur saisi, qui se trouve donc mis définitivement hors de cause et ne peut plus être poursuivi, quand bien même il serait prouvé que le *vindex* a agi à tort et que la saisie était régulière.

L'intervention du *vindex* est toujours efficace, mais elle n'est pas toujours légitime. Si la *manus injectio* avait été injustement opérée, par exemple si le saisi n'était pas en réalité *judicatus* ou *damnas*, le *vindex*, en s'opposant à un acte arbitraire et injuste, a lui-même agi à bon droit. Mais si au contraire la *manus injectio* était bien fondée, le *vindex* a entravé injustement le créancier dans l'exercice de son droit: c'est un délit dont il doit répondre. Rien de moins surprenant, d'ailleurs, que de trouver comme cause de l'obligation du *vindex*, cette idée de délit, fondement de toutes les obligations primitives⁶⁹. Après avoir subi,

69. Le *vindex* qui est intervenu à tort est obligé, de même que la partie qui succombe dans l'*a. sacr.*, perd le *sacramentum*, qu'il ait agi de bonne ou de mauvaise foi. Celui à qui on a donné tort est par là même

sans pouvoir l'empêcher, l'intervention du *vindex*, le saisissant se tournera vers celui-ci pour lui demander compte du tort qu'il a subi, et alors s'élèvera entre eux un débat sur la question : le *vindex* est-il tenu envers le *manum injiciens*, pour lui avoir délictueusement causé un préjudice en paralysant sa *manus injectio* légitime, en éteignant même sa créance ? 70.

en faute et doit être puni. C'est ce qu'exige le sentiment surexcité du droit chez l'adversaire, et cela est aussi conforme à l'intérêt public : la communauté a le plus grand intérêt à mettre obstacle autant que possible à la rage des luttes et des procès, qui est un mal dans tous les temps, mais qui est plus dangereuse encore aux époques de rudesse et de barbarie : « car le feu de la discorde une fois allumé s'étend alors trop facilement au delà du foyer étroit où il a éclaté d'abord ; il embrase les passions non seulement des intéressés immédiats, mais de toute une série d'autres personnes, amis, parents, membres du même parti et par là menace d'allumer un incendie général... Nos procès actuels ressemblent à ces cas de maladie qui ne menacent les tiers d'aucune contagion. Mais aux époques de rudesse, où la contestation a en soi un haut attrait psychologique, celui de l'emploi d'un excédent de force farouche, d'une épreuve dans laquelle l'individu montre son énergie et son caractère, d'un combat singulier transporté devant la justice, à ces époques où l'effort principal du droit doit être de réfréner l'audace individuelle et d'habituer le peuple à la discipline et à l'ordre, la contestation dans les formes du droit contient un danger dont nous nous faisons aussi peu l'idée que de la « mort noire » du Moyen Age, celui d'une épidémie dévastatrice qui s'étend loin au delà de la maison où elle a éclaté... Les mesures que le droit emploie ici contre la rage des procès doivent être comparées à celles de notre police sanitaire actuelle pour arrêter l'envahissement d'une épidémie. « IHERING, *Reich u. Arm* (Scherz. u. Ernst), pp. 183 et 184. — La différence d'ailleurs réelle, que relève HUSCHKE, *Multa*, p. 399, not. 129, entre le véritable délit de violence, tel que celui que punira l'action prétorienne *adversus eum qui in jus vocatum vi exemerit* (L. 1, pr. et L. 5, §§ 1, 3. D. 2, 7), et l'intervention du *vindex* « qui n'est qu'une violence de forme, expressément permise et n'obligeant *quasi ex delicto* que dans le cas où on en mésuse », ne doit pas empêcher de dire que le *vindex* est obligé par son délit, en prenant ce mot au sens large qu'il faut lui attribuer pour les époques anciennes.

70. Cette conception générale du rôle du *vindex*, esquissée par

Ainsi, dans le rôle du *vindex*, deux phrases distinctes : l'intervention proprement dite dans la *manus injectio*, produisant toujours effet ; puis, le débat avec l'*injiciens*, dans lequel le *vindex* justifie la légitimité de son intervention et des conséquences qu'elle a entraînées.

Dans ce débat, c'est le *vindex* lui-même qui est en cause, c'est sa propre affaire qu'il défend, puisqu'il s'agit de savoir s'il est obligé parce qu'il a commis un délit, ou, au contraire, s'il a accompli un acte légitime. Il ne joue donc pas, dans le procès qu'il soutient contre le *manum injiciens*, le rôle de représentant du saisi ; c'est son propre droit qui est exprimé dans les formules qu'il a à prononcer ; il ne parle pas au nom d'autrui.

Néanmoins, comme le caractère délictueux ou licite de l'intervention du *vindex* dépend de la légitimité ou de l'il-

M. HUSCHKE, *Multa*, pp. 398 et 399, a surtout été très nettement exposée par M. DEMELIUS, *Confessio*, p. 56 : Le *vindex* intervient par un acte formel, *manum depellere*, le contraire du *manum injicere* du créancier. Cet acte anéantit la *man. inj.*, éteint la dette du saisi, si elle existait, et, dans ce cas, oblige le *vindex*. Si le procès qui s'élève entre le *man. injiciens* et le *vindex* prouve que celui-ci est obligé, il doit payer, seul, sauf son recours contre le débiteur originaire. Suivant M. Huschke, le *vindex* interviendrait au nom de la communauté des citoyens ; cette idée de la représentation de l'Etat semble ici assez peu vraisemblable.

On pourrait admettre, sans que la conception générale du rôle du *vindex* fût changée, que le délit du *vindex* intervenu à tort consiste à suspendre ou à interrompre la *m. inj.*, mais non à éteindre la dette, qui subsiste ; il s'élèverait toujours entre le *man. injiciens* et le *vindex* un débat sur le point de savoir si celui-ci est tenu pour ce délit, débat qui résoudrait implicitement la question de la légitimité de la *m. inj.* Si elle était résolue en faveur du créancier, celui-ci pourrait ressaisir et emmener le débiteur originaire, resté obligé en vertu de la cause ancienne ; il aurait en outre un second débiteur, le *vindex*, tenu par suite de son délit. J'aurai à indiquer, en étudiant les effets de l'intervention, les raisons qui militent en faveur de cette opinion et celles qui doivent la faire repousser.

légitimité de la *manus injectio*, le *vindex*, pour prouver qu'il n'est pas obligé envers le *manum injiciens*, devra établir que la *manus injectio* n'était pas valable. Il faudra alors examiner si les conditions requises pour que la *manus injectio* ait lieu, se trouvaient remplies, existence de la dette née d'une *damnatio* ou d'un *judicatum*, expiration du délai légal, etc... De même, dans l'*actio sacramenti*, pour juger quel *sacramentum* est *justum*, quel *sacramentum* est *injustum*, on doit résoudre une question préjudicielle différente, par exemple, dans l'*actio sacramenti in rem*, qui est propriétaire ?

Mais ici la question préjudicielle ne porte pas sur la même personne que la question qui fait l'objet direct du débat. Celle-ci est posée sur le *vindex* : le *vindex* est-il tenu envers le saisissant à raison d'une intervention injuste ? et c'est pourquoi le *vindex*, directement mis en cause, n'est pas un représentant. L'autre est relative au saisi : le saisi pouvait-il être soumis à la *manus injectio* ? et c'est ce point, examiné indirectement, qui fera cependant le fond de la discussion entre le *manum injiciens* et le *vindex*, c'est sur lui que devront porter toutes les preuves. De sorte que, tout en se défendant lui-même, tout en écartant une condamnation qui l'atteindrait directement et personnelle-ment, le *vindex*, si l'on examine le fond des choses, défend le saisi, en montrant qu'il n'y avait pas lieu d'opérer sur lui la *manus injectio*, et Gaius a pu dire en ce sens qu'il agit pour le saisi ⁷¹.

71. GAIUS, IV, 21 : *Nec licebat iudicato manum sibi depellere, et pro se lege agere; sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat*. Grammatically, *se*, dans *qui pro se causam agere solebat*, pourrait aussi se rapporter au *vindex* ; mais d'après le sens le plus naturel de la phrase, *se* désigne le *judicatus*. On ne pourrait tirer de là une objection sérieuse

Il fallait bien d'ailleurs qu'il en fût ainsi : la contradiction s'était élevée sur un fait intéressant le saisi, la *manus injectio* : il était nécessaire que la discussion revint à ce fait. Quoique la lutte entre le saisissant et le *vindex* porte immédiatement sur le *vindex*, c'est toujours du saisi qu'il s'agit, et l'issue que prend le procès auquel il est en apparence étranger, l'intéresse toujours, au moins au point de vue du résultat économique final, à raison du recours du *vindex*.

Nous retrouvons donc toujours la représentation du saisi par le *vindex* : elle résulte de la situation même et on ne peut y échapper. Seulement, grâce au détour qu'a pris la procédure, dans le débat entre l'*injiciens* et le *vindex* celui-ci n'est pas amené à violer la règle suivant laquelle on ne peut *alieno nomine lege agere*.

Cependant, les formes ne font que traduire la réalité juridique. Est-il donc possible que le *vindex*, représentant en fait le saisi, ne soit à aucun instant dans la nécessité d'exprimer dans les formules le droit du saisi ? Quand le *vindex* discute avec le *manum injiciens*, sans doute il plaide sa propre cause ; mais comment la cause du saisi est-elle devenue la cause même du *vindex* ? La représentation, voilée dans la phase du débat, compatible alors avec la règle *Nemo alieno nomine lege agere potest*, s'est fait jour

contre le système que j'ai adopté. Gaius qui ne fait que mentionner le procès que soutient le *vindex*, sans aucun détail, a simplement indiqué ce qui le relie, au fond, au reste de la *legis actio*, l'intérêt qu'il présente pour le *judicatus*, et c'est tout naturel. Si le système que je défends était établi sur des preuves incontestables et qu'il fallût indiquer le rôle du *vindex*, en aussi peu de mots, ne dirait-on pas comme Gaius : pour le saisi intervenait un *vindex* qui le défendait, ou : qui plaidait à sa place ; ce serait incomplet sans doute, mais rigoureusement exact.

plus tôt, quand le *vindex* par son intervention a paralysé la *manus injectio*. En s'opposant à l'exécution, en mettant obstacle à une mesure qui ne l'intéressait pas personnellement, il agissait pour autrui et par conséquent, si, comme il est probable, il manifestait et expliquait son intervention par une formule solennelle, il devait y nier le droit du saisissant, droit prétendu à l'encontre non de lui-même, mais du saisi, c'est-à-dire, *alieno nomine lege agere*. C'est ici que la représentation se trahit par une exception à la règle formaliste. Mais cette exception est passée inaperçue et n'a pas empêché l'adoption de cette formule commode qu'on ne peut agir au nom d'autrui dans les actions de la loi en général. On comprend qu'il en ait été ainsi. Cela tient peut-être au caractère personnel et presque brutal de l'acte unique par lequel se produit l'intervention du *vindex* : il intervient, et par là-même, sans discussion, sans avoir prouvé qu'il a raison, il met la saisie à néant. Comme le *vindex* primitif par la force de son bras, le *vindex* de l'époque procédurale, par un geste et une phrase solennels, fait relâcher le *prensus*. Dans cet acte aussi simple qu'efficace, on reconnaît à première vue le caractère et les effets soudains de la force dont il procède ; on a peine à apercevoir le fait juridique de la représentation judiciaire. Surtout, comme après l'intervention commence une phase nouvelle qui par son caractère juridique, sa durée, l'administration de preuves qu'elle comporte, attire principalement l'attention, qui semble contenir toute la partie contentieuse du rôle du *vindex*, et dans laquelle on aurait été plutôt tenté de rechercher la manifestation de la représentation judiciaire, — et comme précisément dans cette phase le *vindex* agit pour lui-même et défend sa propre cause, on a pu ne

pas voir dans son rôle une exception à la règle *Nemo alieno nomine lege agere potest*.

En résumé, il y a dans la fonction du *vindex* deux phases successives, dans lesquelles il joue au point de vue de la représentation un rôle différent. Dans la première, l'intervention proprement dite, par laquelle il délivre le saisi, le *vindex* agit en réalité comme représentant; mais cette qualité n'apparaît pas, à cause du caractère pour ainsi dire extra-juridique de l'acte unique qu'il accomplit, et l'exception qu'il fait à la règle *Nemo alieno nomine lege agere potest*, passe inaperçue. Dans la seconde, le procès avec le *manum injiciens*, dans laquelle il justifie son intervention et les effets soudains qu'elle a produits, le *vindex*, personnellement en cause, agit pour lui-même sans faire exception à la règle, et c'est sans doute parce que l'on a considéré surtout ce débat quand on a examiné le rôle du *vindex*, que celui-ci n'a pas semblé constituer une exception au principe de la non-représentation dans les actions de la loi, ou du moins une exception assez considérable pour qu'on ne pût énoncer ce principe dans sa généralité.

CHAPITRE III

L'INTERVENTION DU VINDEX.

L'intervention du *vindex*, c'est-à-dire l'acte par lequel il s'oppose à la *manus injectio* devait se produire suivant un mode strictement déterminé, comme tous les actes qui se rattachent aux *legis actiones*. Il y a donc à rechercher le lieu, le moment et les formes de cette intervention. Ses effets, non moins fixes que ses formes, devront aussi être précisés et expliqués. J'aurai à montrer, enfin, que ces effets justifient les garanties de solvabilité qui sont exigées du *vindex* et qui sont la condition de l'intervention, ce qui me conduira à rechercher qui peut intervenir.

§ 1. — Lieu, moment et formes de l'intervention.

I. En quel lieu, à quel moment précis devait se produire l'intervention du *vindex*? C'était *in jure*, devant le prêteur, après la prononciation des paroles solennelles par le *manum injiciens* et la saisie qui les accompagnait, et avant que survînt l'*addictio* du magistrat.

Jusqu'au moment où les parties sont *in jure*, il n'y a pas lieu pour le *vindex* d'intervenir.

Le créancier a dû, sans doute, se saisir déjà du débiteur et l'amener devant le magistrat, au besoin de vive force ;

mais un *vindex* ne pouvait pas s'opposer à cette *manus injectio* extrajudiciaire et empêcher cette *in jus ductio*.

Ce point toutefois prête à la discussion.

Un auteur, dont l'opinion semble d'ailleurs être restée isolée ¹, voit dans l'*in jus ductio* non pas une des opérations de la *legis actio per manus injectionem*, mais une *in jus vocatio* ordinaire, comme celle qui précédait les autres actions de la loi, par laquelle le créancier aurait assuré la comparution du débiteur *in jure*, pour commencer là seulement la *legis actio per manus injectionem*. S'il en était ainsi, il faudrait admettre, entre autres conséquences ², que le débiteur pourrait éviter l'*in jus ductio* c'est-à-dire se dispenser de suivre immédiatement en justice le créancier, comme tout appelé peut se soustraire à l'obligation d'obéir immédiatement à l'*in jus vocatio* de l'appelant, en fournissant un *vindex*. Mais il faut repousser cette opinion, suivant laquelle la *legis actio per manus injectionem* ne peut être commencée qu'*in jure*, et doit être précédée d'une *in jus vocatio*. Elle ne s'accorde pas avec le texte des XII Tables POST DEINDE MANUS INJECTIO ESTO. IN JUS DUCITO. Les mots IN JUS DUCITO ne désignent pas l'*in jus vocatio*. Pour autoriser l'*in jus*

1. M. CAPMAS (dans sa traduction de KELLER, *Actions*, pp. 79 et 80, en note), qui se trouve sur ce point en opposition avec l'auteur qu'il traduit et avec l'opinion générale. Dans le même sens que Keller, voy. notamment BETHMANN-HOLLWEG, *op. cit.*, I, pp. 156 et 197, KARLOWA, *op. cit.*, p. 156, HUSCHKE, *Multa*, p. 397, DEMELIUS, *Confessio*, pp. 55, n. 1 et 59. — Comp. SCHMIDT, *Freiheitprocess der Virginia* (*Zeitsch. f. Gesch. R. w.*, XIV) p. 74, n° 6, qui ne voit dans la *ductio in jus* ni la *vocatio in jus*, ni le commencement de la *leg. a. p. m. inj.*, mais une *man. inj.* spéciale.

2. Il en résulterait notamment que les formes particulières de l'*in jus vocatio* devraient être observées, et que le débiteur, comme tout *in jus vocatus*, aurait pu, dans certains cas déterminés, faire valoir des excuses. V. Tab. I, 3.

vocatio, la loi aurait employé les termes consacrés : *in jus vocato*. Nous trouvons, il est vrai, dans le passage où Aulu-Gelle décrit la *manus injectio* : *Post deinde nisi dissolverant ad praetorem vocabantur et ab eo quibus erant iudicati addicebantur*. Mais on ne saurait, au point de vue de la précision, comparer les termes qu'il emploie dans son amplification avec ceux de la loi même qu'il cite. C'est à ces derniers qu'il faut incontestablement s'attacher de préférence. De plus, si la loi avait voulu autoriser d'abord une *in jus vocatio*, préliminaire nécessaire et distinct de la *legis actio per manus injectionem*, puis autoriser cette *legis actio*, les mots *IN JUS DUCITO* précéderaient le *POST DEINDE MANUS INJECTIO ESTO*, au lieu de le suivre. L'ordre des prescriptions de la loi confirme l'argument tiré de la précision de ses termes.

Logiquement, d'ailleurs, la *manus injectio* ne comporte pas d'*in jus vocatio*. L'*in jus vocatio* proprement dite, c'est-à-dire l'appel de l'adversaire en justice pour y débattre une affaire, n'a de raison d'être que lorsque la prétention de l'appelant peut être contredite par un adversaire se trouvant dans une situation égale et, pour ainsi dire, sur le même pied, et que lorsqu'elle doit, par conséquent, être reconnue fondée par le juge avant d'être exécutée. Le demandeur, pouvant être contraint à un débat du résultat duquel dépend le succès de sa poursuite, ne peut procéder à l'exécution dès le début, il fait seulement valoir par l'*in jus vocatio* l'obligation commune à tous les citoyens de suivre l'appelant en justice, où son droit sera contrôlé et reconnu. Il en est tout différemment dans les cas d'application de la *legis actio per manus injectionem*. Les créances qui y donnent lieu sont de leur nature certai-

nes, et, en principe, incontestables, d'où il suit qu'elles sont exécutoires. Le débiteur est *damnas*, c'est-à-dire que sa personne se trouve dès à présent à la disposition du créancier qui n'a qu'à se saisir de lui, sans discussion et immédiatement, dès qu'ils se trouvent en présence. Le créancier n'a pas à demander l'exécution à la justice : il l'opère lui-même dès qu'il en a l'occasion. Seulement, au cours même de l'exécution, la régularité en sera constatée par le magistrat, devant lequel le créancier devra passer, au lieu d'emmener le débiteur directement chez lui, comme cela avait probablement lieu à l'époque très ancienne. L'*in jus ductio* doit être regardée comme une atténuation du droit du créancier introduite dans l'intérêt du débiteur et pour la sauvegarde de ses droits.

Le débiteur, objet de la *manus injectio* extra-judiciaire et de l'*in jus ductio*, ne pouvant être considéré comme un *in jus vocatus*, ne pourrait donc fournir un *vindex*, pour se dispenser d'aller immédiatement devant le prêteur. Ce *vindex* serait, en tout cas, non pas le *vindex* de la *legis actio per manus injectionem*, que nous étudions en ce moment, mais le *vindex* de l'*in jus vocatio*, très différent du précédent, comme nous le verrons.

Quant au *vindex* de la *manus injectio*, il n'a pas encore à entrer en scène. Son rôle, c'est de déclarer injuste (*vim dicere*) la *manus injectio*, et de la paralyser ; il faut pour cela qu'elle ait été déjà opérée. Son intervention consiste à faire relâcher le débiteur, à l'arracher aux mains du créancier qui s'est emparé de lui suivant le rite : il est donc nécessaire, pour qu'elle se produise, que le débiteur ait été déjà saisi suivant les formes légales. Or, si la saisie extra-judiciaire et l'*in jus ductio* font bien partie de la pro-

cédure d'exécution, ce n'est cependant qu'à titre de préliminaires ; la *manus injectio* n'est accomplie, en ce qu'elle a d'essentiel, que par l'exécution *in jure* du geste de s'emparer du débiteur, accompagnée de la prononciation des paroles solennelles. C'est donc *in jure* au plus tôt que le *vindex* doit intervenir.

C'est ce qui résulte aussi très clairement des textes. On se contente souvent de l'affirmation expresse contenue dans le fragment des XII Tables, III, 3, cité de la manière suivante : AUT QUIS ENDO EO IN JURE VINDICIT. C'est, me semble-t-il, insuffisant, car ce passage de la loi, rapporté par Aulu-Gelle, n'est pas sûrement établi ³. Ceux mêmes, qui depuis Cujas acceptent la leçon précitée, Godefroy, Schoel, MM. Hertz, Voigt, Bruns, Mommsen, P. F. Girard, ne sont pas d'accord sur le sens des mots ENDO EO IN JURE, ni même sur le point de savoir si les mots IN JURE appartiennent au texte de la loi des XII Tables ⁴. Cependant, de

3. La plupart des manuscrits et des éditions anciennes d'Aulu-Gelle portent : *aut qui pseudo eo in jure vim dicit*, ce qui est évidemment inexact. C'est le texte que donnent l'auteur anonyme de la collation de l'année 1523, Rivallius, Augustin, Pratejus. (V. DIRKSEN, *Kritik und Herstellung der XII Tafeln Frg.*, p. 244). Puis Cujas communiqua, d'après un ancien manuscrit qu'il avait collationné, la leçon *aut quips endo eo in jure vindicit*, qui fut en général adoptée (V. CUJACII, *Observationes*, lib. III, cap. 39). SCHOELL, *Leg. XII Tab. reliq.*, p. 192, écrit : *aut quis endo eo in jure vindicit*. C'est le texte qu'adoptent M. HERTZ dans son édit d'Aulu-Gelle (Berlin, 1883), II, p. 449, M. VOIGT, *XII Tab.*, I, p. 701, M. BRUNS, *Fontes*, p. 19, M. MOMMSEN, dans les *Fontes* de BRUNS (3^e et 6^e édit.), M. P. F. GIRARD, *Textes de dr. rom.*, p. 12.

4. Jacq. Godefroy prend l'expression *endo eo* au sens absolu et comme synonyme de *interea* (V. GOTHOFREDI *Notæ brev.*, p. 163). D'après BRUNS, *Fontes*, p. 19, en note, *eo* se rapporterait au débiteur sur lequel porte la revendication, *in eo vindicit* étant comme *in re vindicare* (GELL., XX, 10, 7, 9). Suivant MOMMSEN, *Fontes* de BRUNS (3^e édit.), *ibid.*, si *eo* désignait le débiteur, objet de la revendication, il faudrait simplement le pronom

la citation d'Aulu-Gelle adoptée sous cette forme, il résulterait toujours que les XII Tables affirment expressément, que c'est *in jure* que le *vindex* doit revendiquer la mise en liberté du débiteur. Mais, d'après une autre leçon proposée par Saumaise, suivie par Fulvio Orsini, puis par Haubold, adoptée par Dirksen et après lui par Pellat et par Giraud, le texte de la loi aurait été ainsi conçu : AUT QUIPS ENDO EM JURE VINDICIT ⁵, ce qui ferait disparaître l'indication que l'intervention doit avoir lieu *in jure*. Le texte signifierait qu'elle doit se produire suivant les formes légales; et il n'est pas exact de dire ⁶qu'il était inutile d'insister sur le caractère légal que devait présenter l'intervention du *vindex*, car la préoccupation du législateur dut être d'empêcher, dans l'intérêt de l'ordre public, l'emploi de l'ancienne violence sans frein, pour n'en permettre que la manifestation sym-

à l'accusatif sans préposition : suivant lui, *endo eo* signifie *in jure*, *eo* se rapportant à ce qui précède : *in jus ducito*. Quant aux mots *in jure*, Mommesen ne les considère pas comme appartenant au texte des XII Tables, mais comme une explication de *endo eo*, ajoutée par un interprète d'une très haute antiquité, et, en effet (V. DIRKSEN, *op. cit.*, p. 247), le rapprochement de *endo* et de *in* serait étrange, si on leur attribuait la même origine, et rendrait douteuse la leçon *endo eo in jure*.

Il avait paru plus simple à DIRKSEN, p. 248 (après Saumaise, Fulvio Orsini, et avec Haubold) d'admettre le changement de *in* en *em*. De là, la leçon *endo em jure*, qu'ont adoptée PELLAT, *Manuale juris synopt.*, 720, et GIRAUD, *Nov. Enchyrid.*, p. 8.

5. BETHMANN-HOLLWEG, *Civ. proc.*, I, p. 197, n° 13, écrit : *aut quis endo eom vindicit*, ce qui diffère le moins du manuscrit de Cujas, par le simple changement de *in* en *m. Em*, cependant, me paraît préférable, car c'est la forme archaïque usitée dans les XII Tables.

PUNTSCHART, *Entwicklung*, p. 321, n. 4, approuvé par LOTMAR, *Zur leg. a. sacr.*, p. 26, écrit : *aut quis endo eo jure vindicit*. D'après Puntchart, *jure* a le même sens dans *jure vindicare* que dans les termes *jure rogare*, *jure seiscere* des *praescriptiones* des lois : *in jure* eût été superflue à cause de la disposition qui précède : *in jus ducito*.

6. V. GAUCKLER, *op. cit.*, p. 610, n° 2.

bolique, réglée par les formes légales. Il est tout naturel que les décevirs aient interdit de délivrer le saisi, sans se porter régulièrement *vindex*, par un acte de violence que la *lex Coloniae Juliae Genetivae* réprimera sévèrement. Il pouvait paraître inutile, au contraire, d'exprimer que l'intervention du *vindex* devait se produire *in jure*, car, à supposer que les XII Tables ne l'aient pas dit expressément, cela ressort très nettement de l'ensemble du passage où elles décrivent la procédure de la *manus injectio*, et c'est assez pour nous éclairer sur le point que nous examinons.

Les XII Tables indiquent en effet, dans l'ordre de succession, les actes dont se compose la procédure de la *manus injectio*, et c'est après avoir ordonné l'*in jus ductio*, IN JUS DUCITO, qu'elles ajoutent NI JUDICATUM FACIT, AUT QUIS... VINDICIT, SECUM DUCITO : amené *in jus*, le débiteur devra, là, si sa dette n'est pas payée, trouver un *vindex* ; sinon, il sera emmené du *comitium* chez le créancier. Il est évident que la dation du *vindex*, d'après le texte même des XII Tables, et quelque leçon qu'on admette relativement au passage AUT QUIS... VINDICIT, se trouve placée entre le moment où le débiteur a été amené *in jus* et celui où il aurait été emmené de devant le magistrat chez le créancier, s'il n'avait pas trouvé de *vindex* . Le texte de Gaius sans trancher ex-

7. On pourrait être tenté d'objecter à l'argument que je tire de l'ordre des prescriptions de la loi, que celle-ci s'exprime sur le paiement de la dette absolument comme sur l'intervention du *vindex* (Tab. III, 3.), et que pourtant de la place du NI JUDICATUM FACIT on ne saurait conclure que le paiement ne peut se faire qu'*in jure*. Il est certain que le paiement peut avoir lieu à tout instant, depuis l'échéance jusqu'au moment de la vente *trans Tiberim*, comme nous le verrons plus loin. C'est en cela qu'il diffère de l'intervention du *vindex* qui ne peut se produire

plicitement la question ne peut non plus laisser subsister de doutes. Gaius expose la marche de la procédure : le créancier prononce les paroles sacramentelles et fait le geste consacré, et ces solennités, comme cela résulte du § 29, ont lieu *apud praetorem* ; le jurisconsulte ajoute : *nec licebat iudicato manum sibi depellere et pro se lege agere ; sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat : qui vindicem non dabat domum ducebatur*. Il est bien clair que le *vindex* était donné au moment où le débiteur se serait défendu lui-même, si cela lui avait été permis, c'est-à-dire au moment où le créancier venait de le saisir solennellement devant le préteur.

Cependant, suivant M. Hugo Krüger⁸, la saisie extra-judiciaire du *manum injiciens* aurait pu déjà donner lieu à une intervention de la part d'un *vindex*, (d'un véritable *vindex* de la *manus injectio*). Mais en quoi cette intervention extra-judiciaire serait-elle utile ? il est difficile de l'apercevoir. Vaudrait-elle comme garantie d'une intervention future *in jure* ? Non : « le *vindex* qui prend la défense du saisi, *extra jus*, dit M. Krüger, n'est aucunement obligé de

qu'à un moment déterminé. Mais il a avec elle cela de commun qu'ils font l'un et l'autre immédiatement relâcher le saisi, qu'ils paralysent et anéantissent la *manus injectio*. C'est à cause de leur analogie, de l'identité de leurs effets, que les décemvirs ont mentionné à propos de la *vindicis datio* le paiement, dont ils pouvaient parler en tout endroit de la description des phases successives de la *leg. actio*, puisqu'il pouvait être effectué à tout instant de cette procédure. Si, comme l'intervention du *vindex*, il empêche la *domum ductio*, il aurait empêché également la *ductio in jus*. Les décemvirs ne l'ont pas exprimé : c'est qu'ils n'ont songé au paiement qu'à l'occasion de l'intervention du *vindex*, et qu'ils ne pouvaient sans doute écrire : *ni iudicatum facit aut quis endo em vindicit, in jus ducito*, parce que l'intervention du *vindex* ne doit pas précéder la *ductio in jus*.

8. *Capitis deminutio*, p. 206.

la prendre aussi *in jure* ; s'il le fait, c'est de son plein gré ». Quelles seraient les conséquences, soit du défaut, soit de l'existence de cette intervention, qui, pouvant rester isolée, devrait apparemment produire par elle-même des effets ? « Si aucun *vindex* ne se présente en faveur du débiteur, il est *indefensus* ». Mais cela ne dispenserait pas le saisissant de le mener devant le magistrat, et n'empêcherait pas qu'*in jure*, un *vindex* pût encore prendre sa défense : M. Krüger reconnaît que les interventions extrajudiciaire et judiciaire sont indépendantes l'une de l'autre ; et en effet, la loi, muette sur l'intervention extrajudiciaire, ne peut en avoir fait la condition de l'intervention judiciaire, qu'elle prévoit. Si le *prehensus* reste *indefensus extra jus*, cela est donc sans conséquence. « Si au contraire quelqu'un revendique *in libertatem* le débiteur extra-judiciairement, il en résultera pour le *vindicans in servitute*, (c'est-à-dire le *manum injiciens*), qu'il doit ou renoncer à son droit sur le débiteur, ou porter l'affaire devant le préteur ». Mais, alors même qu'aucune opposition extra-judiciaire ne se serait produite de la part d'un *vindex*, le saisissant aurait été mis en demeure par la loi même de renoncer à son droit prétendu ou de le faire sanctionner par le magistrat, puisqu'elle lui ordonne impérativement de mener le saisi *in jus*, pour obtenir l'*ad-dictio*, avant de l'emmener chez lui : *IN JUS DUCITO*. Il n'y a qu'une hypothèse où l'*in jus ductio* n'est pas nécessaire, c'est celle où l'accord entre le saisissant et le saisi exclut l'application des mesures légales. Mais, dès lors que le saisi ne consent pas à suivre le saisissant dans sa maison, celui-ci, obligé d'obéir strictement à la loi, doit faire légaliser la prise de corps qu'il a opérée, sans qu'il y ait à distinguer suivant qu'un tiers y a déjà fait ou non opposition.

Sans doute, il est certain qu'en fait, les dispositions que pouvaient montrer les tiers à l'égard du saisi étaient de nature à influencer sur la résolution du soi-disant créancier de continuer la *legis actio* commencée, ou de l'abandonner avant de se rendre devant le prêteur ; et tel saisissant de mauvaise foi qui ne procédait à la *manus injectio* que parce qu'il espérait triompher sans résistance d'un adversaire incapable de se défendre lui-même, pouvait renoncer à son dessein, dès que l'attitude d'un tiers lui montrait qu'il aurait à compter avec l'opposition d'un *vindex*, *in jure*. Mais ce qui déterminait alors l'abandon de la poursuite, c'était la perspective d'une résistance *in jure*, et non pas une intervention extra-judiciaire formelle qui n'aurait pas rendu par elle-même plus certaine une intervention *in jure*.

L'intervention *extra jus* d'un *vindex* ne peut se comprendre qu'à l'époque, certainement antérieure aux XII Tables, où l'*in jus dictio* n'était pas une formalité requise de la saisie légale. A cette époque, elle avait un sens : la *manus injectio* extra-judiciaire se suffisant à elle-même, c'était à elle que le *vindex* devait s'opposer ; elle avait aussi un effet : c'était de forcer le saisissant à venir *in jus* débattre son droit avec le *vindex*. Mais du moment où la *ductio in jus* et l'*addictio* furent des formalités nécessaires de la *legis actio*, l'intervention extra-judiciaire du *vindex* dut cesser, comme étant désormais sans but.

Sur quel fondement, d'ailleurs, admet-on cette intervention inutile ? on s'appuie sur le texte de la loi des XII Tables : « car lorsqu'il est dit : AUT QUIS ENDO EO IN JURE VINDICIT, *in jure vindicare* suppose l'opposé, *extra jus vindicare*, etc... », Ainsi, ce serait précisément parce que la loi dirait que l'intervention du *vindex* se produit *in jure*,

qu'il faudrait en conclure qu'elle se produit aussi *extra jus* ! La témérité de cet argument *a contrario* est assez apparente pour rendre la réfutation inutile.

L'intervention du *vindex*, qui ne pouvait pas se produire avant la prononciation *in jure* des paroles solennelles du créancier, devait, d'autre part, avoir lieu avant la *domum ductio*. Cela résulte du texte de la loi des XII Tables et de la *lex Coloniae Genetivae Juliae*, et des passages de Gaius et d'Aulu-Gelle, qui, en subordonnant la *domum ductio* au défaut de *vindex*, semblent bien indiquer que le rôle du *vindex*, quand il était rempli, devait l'être avant que le débiteur fût emmené chez le créancier. Cependant ces textes ne sont pas absolument probants, car, s'ils établissent que l'intervention du *vindex*, avant que la *domum ductio* ait été opérée, rend celle-ci dorénavant impossible, ils ne prouvent pas rigoureusement que cette intervention ne pouvait plus se produire après la *domum ductio*, par exemple, lorsque le débiteur est ramené *in jus* à l'un de ces trois jours de marché dont parlait la loi. Aussi n'ont-ils pas empêché de se former l'opinion que le *vindex* peut encore se constituer dans le délai de soixante jours qui suit la *domum ductio*, et que c'est précisément pour permettre au débiteur de trouver un *vindex*, que la loi ordonne de le conduire à trois jours de marché consécutifs au *comitium*, devant le magistrat, en proclamant le chiffre de sa dette. « Les amis du prisonnier étaient ainsi mis au courant de sa situation et invités à prendre sa défense ».

Ce motif de la disposition de la loi paraît très satisfai-

9. CUQ, *Institutions juridiq. des Rom.*, p. 428. V. aussi dans le même sens VOIGT, *XII Taf.*, I, p. 622 et 702. HUGO KRUEGER, *Cap. demin.*, p. 207, Comp. MUIRHEAD.

sant. On comprendrait très bien que la loi, ne permettant pas au débiteur de contredire lui-même l'affirmation du créancier, lui eût facilité du moins les moyens de trouver et de fournir un *vindex*, qui pût faire tomber la *manus injectio*, et fût autorisé à en montrer l'illégalité. Cependant, il nous faut admettre que la loi était plus rigoureuse. Un tiers peut sans doute intervenir pendant le délai de soixante jours en faveur du débiteur, mais c'est seulement pour payer la dette, pour satisfaire le créancier. On pourrait déjà voir de cela un indice dans la proclamation qui était faite de la *somme*, objet de la dette. Quant à l'intervention qui aurait eu pour but de faire relâcher le *prensus* sans désintéresser le créancier, en contestant la validité de la *manus injectio*, elle n'était plus possible : elle devait avoir lieu avant que le débiteur fut emmené par le créancier pour être chargé de chaînes. On devra le reconnaître, si l'on admet, d'une part, que l'intervention du *vindex* ne pouvait plus se produire après l'*addictio* du magistrat, et, d'autre part, que l'*addictio* précédait la *domum ductio*.

Addicere, c'est prononcer conformément à la prétention du demandeur. L'*addictio*, dans la *manus injectio*, est donc une sorte d'adhésion du magistrat à l'acte qu'accomplit le créancier. Après la déclaration du préteur qui approuve l'acte du *manum injiciens*, acte qui avait déjà par lui-même la valeur de l'exécution régulière d'une prétention incontestable, il ne peut plus être question de discuter le bien fondé de cette exécution. L'affirmation du droit du créancier, qui était contenue dans la formule qu'il a prononcée, après que le préteur l'a en quelque manière faite sienne par une déclaration conforme, a été revêtue par là de l'autorité qui s'attache aux décisions du magistrat : elle n'est

plus susceptible de contradiction, même indirecte. On ne peut plus empêcher comme illégale une exécution dont le magistrat a prononcé la légalité. Et en effet, toutes les fois que les textes nous montrent un tiers intervenant après l'*addictio* en faveur du saisi, c'est non pas pour contester la validité de la *manus injectio* qu'a consacrée l'*addictio*, mais pour délivrer l'*addictus* en payant sa dette⁴⁰. C'est en vue de ce paiement qui pouvait seul intervenir désormais, que l'on exposait le débiteur au *comitium* en proclamant le chiffre de sa dette⁴¹.

40. V. notamment TITE-LIVE, VI, 14, VI, 20.

41. En ce sens GAUCKLER, *op. cit.*, p. 609. V. cependant BONJEAN, *Act.* I, p. 402.

Suivant M. HUGO KRUEGER, *op. cit.*, pp. 204, 205, 207, l'*addictio* ne vaut qu'*inter partes* et le saisi, objet de l'*addictio*, ne peut être regardé comme partie. — Si donc il n'est intervenu aucun *vindex*, il n'y a *res judicata* contre personne. A quoi sert dans ce cas l'*addictio*? Avant les XII Tables, à confirmer le droit de propriété du saisissant sur le saisi, droit qu'a créé la *m. inj.* extrajudiciaire : c'est peu sans doute, et l'auteur reconnaît que dans ce cas et à cette époque l'*addictio* est « sans but ». Après les XII Tables qui la prescrivent, c'est l'*addictio*, et non plus la *m. inj.* extrajudiciaire, qui fonde la propriété. — Si, au contraire, la *m. inj.* est combattue par un *vindex* qui succombe, l'*addictio* a force de chose jugée contre lui, mais contre lui seul : une autre personne pourrait, en qualité de *vindex*, revendiquer l'*addictus in libertatem* (arg. Cic., *Pro domo*, c. 22, p. 78).

J'ai déjà repoussé le droit de propriété du saisissant sur le saisi, qu'il soit fondé sur la *m. inj.* extrajudiciaire ou sur l'*addictio*, et l'identification de la *leg. a. p. m. inj.* avec la *vindicatio rei* et la *vind. in servitut.* Pour qui admet, comme je le fais, que l'intervention du *vindex* a toujours pour effet de libérer le saisi vis-à-vis du saisissant, quelle que soit d'ailleurs l'issue du débat entre le saisissant et le *vindex*, elle est exclusive de toute *addictio* postérieure du saisi, et la question de savoir si l'*addictio* du saisi n'a force de chose jugée que vis-à-vis du *vindex* ne se pose pas. L'*addictio* n'est prononcée que quand il n'y a pas eu de *vindex*, et si elle ne valait qu'*inter partes*, il n'y aurait *res judicata* contre personne, elle serait donc toujours « sans but ». La conséquence pratique serait que, même après l'*addictio*, un *vindex* pourrait encore se

Le *vindex* devait donc intervenir avant que se produisît l'*addictio* : mais à quel moment précis l'*addictio* pouvait-elle être prononcée ? Suivant la plupart des auteurs, elle précédait la *domum ductio*, qu'elle avait pour but d'autoriser¹². Quelques autres cependant la placent, non pas avant, mais après la *domum ductio*, « soixante jours au plus tôt après la *manus injectio*¹³ », c'est-à-dire à l'expiration du délai pendant lequel le débiteur est gardé enchaîné dans la maison du créancier, et immédiatement avant qu'il soit mis à mort ou vendu *trans Tiberim*. Suivant M. Cuq, pendant ces soixante jours d'emprisonnement le débiteur est non pas encore *addictus*, mais *abductus*. L'*abductus* reste *sui juris* ; c'est de lui que la loi des XII Tables dit : SI VOLET, SUO VIVITO ; l'*addictus* au contraire « est dépouillé de sa qualité de citoyen ; le créancier n'a pas le droit de le garder chez lui : s'il n'est pas mis à mort, il doit être vendu à l'étranger¹⁴ ».

Cette dernière opinion, d'après laquelle l'*addictio* ne serait prononcée qu'à l'expiration du délai de soixante jours, me semble difficile à admettre. Elle ne peut guère se concilier

présenter. Ce serait pendant les soixante jours qui séparent l'*addictio* de la vente *trans Tiberim*, à l'un des jours de marché où l'*addictus* est conduit au *comitium* devant le préteur. Le *vindex* saisirait solennellement l'*addictus* et par là même le libérerait : de là, un débat avec le créancier, comme à la suite de l'intervention avant l'*addictio*. Mais il faut remarquer que le *vindex* prendrait dans ce cas le rôle de demandeur, ce qui semble contraire à la nature de sa fonction toute défensive : il est celui qui résiste à une violence.

12. V. notamment, ZIMMERN, *op. cit.*, § XLVI. — BETHMANN-HOLLWEG, *op. cit.*, I, pp. 156 et 198. — ORTOLAN, III, p. 501. — KARLOWA, *op. cit.*, p. 158. — GAUCKLER, *op. cit.*, p. 608 et n. 1.

13. CUQ, *op. cit.*, p. 428. De même, VOIGT, *XII Taf.*, I, p. 622 et p. 702. HUGO KRUEGER, *op. cit.*, p. 207.

14. CUQ, *op. cit.*, p. 190.

avec des textes d'Aulu-Gelle et de Tite-Live, qui nous montrent l'*addictio* précédant la *domum ductio* et la mise aux fers dans la maison du créancier : *Post deinde, nisi dissolverant, ad prætorem rocabantur et ab eo quibus erant judicati addicebantur; nervo quoque aut compedibus vinciebantur* ¹⁵.

— *Homines prope quadringentos produxisse dicitur (Manlius Capitolinus) quibus sine fœnore expensas pecunias tulisset, quorum bona venire, quos duci addictos prohibuisset* ¹⁶. — (*Vidētis*) *gregatim quotidie de foro addictos duci et repleti vinctis nobiles domos : et ubicunque patricius habitet, ibi carcerem privatum esse* ¹⁷.

Si l'on renvoie l'*addictio* à la fin du délai de soixante jours, on ne peut regarder le prisonnier pendant ce délai comme *addictus*, et il faut admettre la distinction de M. Cuq entre l'*addictus* et l'*abductus* (appelé *domum ductus*, par M. Voigt), distinction que les textes ne justifient guère, car ils ne semblent pas se servir du mot *abductus* comme désignant une personne dans une situation juridique déterminée. De plus, si l'*addictio* avait lieu après les soixante jours et devait être suivie immédiatement de la mort ou de la vente *trans Tiberim*, l'état d'*addictus* n'aurait commencé que pour prendre fin aussitôt. Les *addicti* n'auraient pour ainsi dire pas existé à Rome sous l'empire de la loi des

15. AULU-GELLE, XX, 4. *ibid.* in fine : *addici namque nunc et vinciri multos videmus.*

16. TITE-LIVE, VI, 20.

17. TITE-LIVE, VI, 36. Que l'on rapproche ces textes des prescriptions des XII Tables : SECUM DUCITO. VINCITO AUT NERVO AUT COMPEDIBUS. Il faut remarquer que le terme technique *duci* employé par Tite-Live reproduit celui des XII Tables SECUM DUCITO : il désigne certainement la *domum ductio*, et, sans aucun doute, la première *domum ductio*. Celle-ci était donc bien, comme il ressort des textes cités, précédée de l'*addictio*.

XII Tables¹⁸. Comment comprendre que les textes parlent si fréquemment d'eux et de leur situation ? Comment pourraient-ils nous la représenter comme susceptible de durée ? C'est des *abducti*, dont on ne trouve point mention, que les historiens et les jurisconsultes eussent dû être préoccupés¹⁹. Il est très logique, enfin, quand on considère l'*addic-*

18. Remarquer que les textes cités, celui du moins emprunté au récit des intrigues, du procès et de la mort de Manlius, se reportent à un demi-siècle à peine après les XII Tables ; le dernier texte cité même, dans lequel Tite-Live fait porter Licinius Stolon, se reporte à une époque antérieure à la loi Poetelia qui semble avoir supprimé le droit du créancier de vendre le débiteur. CUG, *op. cit.*, p. 589.

19. Cette objection ne saurait être faite à M. MUIRHEAD qui place lui aussi l'*addictio* à l'expiration du délai de soixante jours, mais, à la différence de M. Voigt et de M. CUG, enseigne qu'elle n'était pas suivie de la vente *trans Tiberim* ou de la mise à mort du débiteur (V. p. 267 et suiv.). Elle aurait eu pour effet (p. 272 et s.), de faire du débiteur l'esclave libre (*free bondman*) de son créancier, qui le gardait jusqu'à ce qu'il fût indemnisé par ses services. C'est au cas seulement où le créancier était représenté par plusieurs cohéritiers que l'*addictus*, dont plusieurs maîtres n'auraient pu commodément tirer autrement profit, était vendu *trans Tiberim* : les cohéritiers se partageaient le prix. — Mais on ne peut adopter cette opinion qu'en refusant de prendre dans son sens matériel la disposition de la loi, d'après laquelle l'*addictus* était mis à mort ou vendu à l'étranger, et pouvait même, s'il y avait plusieurs créanciers, être dépecé et partagé entre eux. A. GELLE, XX, 1. *Capite poenas dabant aut trans Tiberim venum ibant...* Si PLUS MINUS VE SECUE-RINT, NE FRAUDE ESTO. — Il est cependant impossible de ne pas prendre ces expressions à la lettre en présence des affirmations concordantes des écrivains anciens (GELL., *cit.* — QUINTILIEN, *Instit. or.*, III, 6. — TERTULLIEN, *Apologet.*, c. 4), corroborées par les dispositions semblables que l'on retrouve dans une quantité de législations primitives. V. KOHLER, *Schakespeare, v. d. Forum der Jurisp.*

QUINTILIEN, il est vrai, présente l'état d'*addictus*, non seulement comme susceptible de durée, mais comme ne prenant fin que par le paiement. V. 3. V. 10 : *aliud servum esse, aliud servire, qualis esse in addictis quaestio solet.* — VII, 3 : *an addictus quem lex servire donec solverit jubet, servus sit?* Sans doute, la loi à laquelle il fait allusion n'est pas la loi des XII Tables, mais une loi postérieure, probablement la loi Poetelia, ainsi que le suppose VOIGT, *Exécution*, p. 88. M. MUIRHEAD, p. 267, n. 17, place

tio comme devant entraîner immédiatement la mort ou la vente à l'étranger, de voir en elle une cause de *capitis diminutio maxima*. Cependant, outre qu'il peut paraître arbitraire de rapporter au prétendu *abductus* plutôt qu'à l'*addictus* le passage des XII Tables : *SI VOLET SUO VIVITO*, on ne voit guère comment l'*addictus* serait dépouillé de sa qualité de citoyen, alors que, d'après les textes, il conserve les attributs de l'homme libre et du citoyen : *ad servum nulla lex pertinet, addictus legem habet. Propria liberi, quae nemo habet nisi liber, praenomen, nomen, cognomen, tribum ; habet haec addictus*²⁰.

C'est donc avant que le débiteur soit emmené hors du *comitium* par le créancier, qui vient de procéder sur lui à la main-mise solennelle, que le prêteur prononce l'*addictio*.

Après l'*addictio*, et par conséquent après la *domum ductio*, le *vindex*, nous l'avons vu, ne peut plus intervenir. L'*addictio* et l'intervention du *vindex* ne peuvent se produire dans une même affaire ; elles sont exclusives l'une de l'autre : le *vindex* doit, pour empêcher l'*addictio*, se présenter avant qu'elle ait lieu ; l'*addictio* prononcée, il est trop tard. D'autre part, avant l'accomplissement *in jure* des solennités de la *manus injectio*, il eût été trop tôt. Le moment où doit se produire l'intervention du *vindex* est donc

l'*addictio* après les soixante jours plutôt qu'avant, parce que Tite-Live mentionne les *judicati* et les *addicti* comme des catégories distinctes. (En effet... *judicatum addictum ve duci*... VI, 14.. *judicatos addictos que duci*. VI, 15). Mais ce sont bien aussi des catégories distinctes, d'après A. Gelle, puisqu'on ne peut être *addictus* que trente jours au moins après avoir été *judicatus*. Quant à la *ductio* d'un *judicatus*, elle pouvait avoir lieu du consentement de celui-ci : l'*addictio* dans ce cas était inutile.

20. QUINTILIEN, *Inst. or.*, VII : 3.

tout à fait déterminé : c'est immédiatement après que le créancier a saisi le débiteur, et avant qu'il ait obtenu l'*ad-dictio*.

Les choses devaient se passer de la manière suivante : les cris, la résistance du saisi traîné de force *in jus* avertissaient ses voisins, ses parents du danger qu'il courait. Le gentil, l'ami ou le patron disposé à lui servir de *vindex* s'empressait d'accourir. Il est probable que le magistrat lui-même, avant de laisser le demandeur procéder à la saisie solennelle, faisait prévenir au besoin, officieusement, le citoyen que le débiteur désignait comme celui qu'il espérait voir prendre sa défense, de telle sorte que lorsque la partie rituelle de la *legis actio* commençait sans que ce fût en présence d'un citoyen prêt à intervenir comme *vindex*, il y avait tout lieu de croire qu'il n'y avait personne qui consentit à accepter ce rôle. Si quelqu'un s'en chargeait, au contraire, il laissait le créancier faire le geste consacré de *manus injectio* et prononcer la formule sacramentelle, mais il avait soin d'intervenir aussitôt après, avant l'*addictio* par conséquent.

Le peu de temps laissé au débiteur pour trouver un *vindex* semble aggraver encore dans l'application la rigueur du principe de l'interdiction de la défense personnelle. Elle s'explique par l'idée que la *manus injectio*, sanctionnant des créances présumées certaines, avait été organisée de façon à réussir toujours, à moins qu'elle ne soulevât en quelque sorte un scandale. Injuste, elle devait en effet donner lieu à une scène analogue à celle que Tite-Live nous dépeint à propos du procès de Virginie : émoi de la victime, cris de la nourrice, rassemblement et indignation de la foule en présence d'une prétention odieuse et évidemment

dépourvue de fondement : quelqu'un avertit le fiancé, qui accourt et devient, en l'absence du père et en attendant son retour de l'armée, l'agent actif de la défense. De même, quand une *legis actio per manus injectionem* était entreprise injustement, la résistance désespérée du prétendu débiteur, la sympathie d'une foule d'autant plus facile à intéresser en faveur du saisi, que beaucoup pouvaient craindre un sort semblable, et que le saisissant appartenait le plus souvent à une caste odieuse, facilitaient l'intervention du *vindex* en temps utile.

La nécessité de l'intervention immédiate s'explique aussi comme une conséquence subsistante de la forme origininaire de la *manus injectio*. Lorsque celle-ci était purement extrajudiciaire, avant que l'*in jus ductio* et la production du débiteur à des jours de marché, ne fussent imposées par la loi, il fallait bien délivrer le *prensus* dès que le *manum injiciens* l'avait appréhendé. Quand il avait été entraîné et qu'il était enchaîné dans la maison du créancier, il ne pouvait plus être question de le faire relâcher sans le consentement de celui-ci, c'est-à-dire sans payer la dette. Le contrôle du magistrat devint nécessaire, mais il fallut toujours pour que l'intervention du *vindex* fût prise en considération, qu'elle fût suscitée sur-le-champ par la saisie.

II. Quelles étaient les formes de l'intervention du *vindex* ? Les textes ne nous ont laissé sur ce point aucun renseignement direct et précis ; cependant, dans les hypothèses auxquelles nous sommes réduits, les caractères généraux du droit ancien semblent devoir nous guider assez sûrement. Il n'est pas douteux que l'intervention du *vindex*, comme l'exercice de tout droit à l'époque formaliste des

actions de la loi, devait prendre la forme d'un acte solennel. De même que dans la *manus injectio*, nous trouvons dans le rôle du *vindex* l'antique recours à la force réglé dans ses conditions et dans ses effets. La réglementation, dans les deux institutions, dut se faire de la même manière, par la nécessité que la coutume imposa peu à peu d'observer des formes rigoureusement déterminées. C'est par ces formes que se manifestait la prétention de l'intervenant d'agir suivant le droit, et de ne causer aucun tort illicite au *manum injiciens* en empêchant la *manus injectio* injustement opérée de produire effet. Ces solennités mettaient en évidence la différence entre l'acte régulier, légal du *vindex* (*vindicere*) et la violence, devenue illicite, de celui qui aurait arraché de force le débiteur à la saisie peut-être légitime du créancier (*vim facere, vi eximere*).

Tout d'abord, on peut se demander si l'intervention du *vindex* était, dans la forme, spontanée, ou si, avant d'agir, il avait dû être constitué par le saisi. Est-ce le *vindex* qui, de lui-même, entre en scène, ou bien est-il au contraire introduit dans la *legis actio* par une formule que prononce le *prensus*? Le doute pourrait être suggéré par les termes différents de la loi des XII Tables d'une part, et d'autre part, de la *lex Coloniae Juliae Genetivae* et de Gaius. Les XII Tables nous montrent le *vindex* intervenant de lui-même d'une manière active : AUT QUIS ENDO EM JURE VINDICIT. D'après la *lex Coloniae* et le passage de Gaius, au contraire, le *vindex* semblerait plutôt introduit passivement dans la procédure : il est fourni par le saisi : *ni vindicem dabit, sed vindicem dabat*. Ces derniers textes doivent-ils donc donner à penser que, du moins à la fin de la période des actions de la loi, au temps de César, le défendeur cons-

tituait le *vindex* par une formule analogue à celle par laquelle on constituait un *cognitor*, par exemple, ce que Gaius exprime par le même terme *dare, cognitorem dare*²¹. Le prétendu débiteur aurait-il dit à peu près, s'adressant au soi-disant créancier, avant la *manus injectio* solennelle : QUIA TU MIHI MANUM INJICERE VIS, IN EAM REM PUBLIUM MEVIUM TIBI VINDICEM DO ? Je ne le crois pas. Les mots *vindicem dare* de la *lex Coloniae* et de Gaius ne font aucune allusion aux formes d'intervention du *vindex*²². Ils signifient seulement que le *prensus* doit faire en sorte qu'un *vindex* prenne parti pour lui ; que d'ailleurs ce *vindex* doive accomplir les formalités qui le concernent, cela va de soi. C'est à ces formalités, que la *lex Coloniae* néglige de mentionner, que la loi des XII Tables fait au contraire allusion. Entre les passages de ces deux lois, aucune antinomie. Ils donnent la même réponse à la question : comment éviter la *domum ductio* ? Seulement, la formule archaïque des XII Tables est modernisée dans la *lex Coloniae*. La loi nouvelle s'en tient au fond même des choses et se borne à indiquer comme un moyen l'intervention d'un *vindex* à laquelle le *prensus* devra pourvoir : *ni vindicem dabit*. La loi ancienne envisageait le côté extérieur de l'affaire : elle indiquait et décrivait d'un mot la protestation et la résistance opposées par le *vindex* : NI QUIS ENDO EM JURE VINDICIT. Combien cette

21. GAIUS, IV, 83.

22. Si le débiteur avait constitué un *vindex* par une formule sacramentelle, c'eût été nécessairement avant d'être saisi solennellement par le créancier, puisqu'une fois qu'il était saisi, c'était précisément le *vindex* seul qui pouvait le faire relâcher. Or, Gaius ne parle de la *vindicis datio* qu'après avoir décrit le geste du saisissant : ...et simul aliquam partem corporis ejus prendebat ; nec licebat judicato manum sibi depellere, sed vindicem dabat. C'est que par la *vindicis datio* il entend simplement l'intervention du *vindex*.

différence de rédaction correspond à la différence d'âge des deux lois, il est superflu de le montrer²³.

C'est donc, sur le point qui nous occupe, à la loi des XII Tables qu'il faut nous attacher de préférence. D'ailleurs les origines primitives du *vindex*, qui a remplacé le tiers qui accourait délivrer le saisi les armes à la main, doivent aussi faire supposer qu'il apparaissait dans l'attitude d'un libérateur qui, de lui-même, vient s'opposer à une injustice.

On peut imaginer, sans trop de témérité, comment il agissait, en tenant compte de cette origine et du but de son intervention, et en appliquant la loi de la correspondance des formes. Quelques indices fournis par les textes doivent aussi être mis à profit.

Le *vindex*, qui prétend que la *manus injectio* n'est qu'une violence illégale, *qui vim esse dicit*, a pour but de la paralyser en faisant relâcher le saisi : son intervention doit donc se manifester par un acte solennel symétrique de celui du saisissant, c'est-à-dire semblable, mais de sens et d'effet contraires. Comme celui du *manum injiciens*, cet acte doit consister en gestes et en paroles.

Le geste du saisissant le montre réalisant sa prétention par la force privée : celui du *vindex* aussi doit rappeler symboliquement le recours à la force par lequel s'opérait originellement la défense. Le créancier *manum injiciebat*, saisissait le débiteur pour le garder sous sa main, en son pouvoir : le *vindex* doit également le saisir, *manum injicere*, mais pour l'arracher au créancier et le remettre en liberté : *vindicat quo minus qui prensus est teneatur*. Cela

23. Comp. EXNER, *Die Stelle über die M. J. in der L. Col. J. G.* (Zeitschr. f. Rechtsgesch., XIII (1878), p. 392 et 393.

est confirmé par le passage de Tite-Live qui nous montre Manlius intervenant en faveur d'un centurion soumis à la *manus injectio* : *centurionem nobilem militaribus factis, judicatum pecuniae cum duci vidisset, medio foro cum caterva accurrit et manum iniecit*²⁴. La *manus injectio* du *vindex* a pour but d'anéantir celle du créancier. Ce que le *prensus* ne peut faire lui-même qu'aux cas exceptionnels de *manus injectio pura*, le *vindex* a à l'accomplir ; or, dans la *manus injectio pura*, le *prensus* se soustrait à la saisie de l'*injiciens* : *manum sibi depellit* ; le *vindex* doit donc faire échapper le *prensus* à la prise de corps opérée par le créancier ; lui aussi *actoris manum depellit*. *Reo manum injicere, actoris manum depellere*, voilà en quoi consiste l'acte du *vindex*. D'après cela, le terme *manum depellere*, par lequel Gaius caractérise la résistance opposée par le saisi lui-même, ne décrit pas aussi complètement l'acte du *vindex*, quoiqu'il s'y applique exactement. Le geste du *prensus* dans la *manus injectio pura*, et celui du *vindex*, bien qu'ils aboutissent au même résultat, ne sont pas identiques. *Manum depellere*, c'est saisir la main du saisissant et l'écartier. Il n'y a que ce moyen pour un homme saisi par un autre de faire lui-même lâcher prise au saisissant. Mais le *vindex*, qui est un tiers, commence par saisir le débiteur pour empêcher qu'il ne soit emmené, pour l'arracher au

24. TITE-LIVE, VI, 14. C'est, à la vérité, pour délivrer le centurion en payant sa dette et non pas en contestant la légitimité de la *man. injectio* qui éte opérée, que Manlius intervient, d'après le récit de Tite-Live. A proprement parler, il joue plutôt le rôle de simple *depensor* que celui de *vindex*. Cependant, il est probable que pour arrêter l'exécution, il accomplit le même geste que s'il anéantissait *in jure* la *man. inj.*, en en contestant la validité. Manlius, d'ailleurs, dans la suite du récit est qualifié de *vindex libertatis* (VI, 14) ; on l'y voit se proclamer le *vindex* des plébéiens : *Ipse, vindex vester...* (VI, 18).

créancier : objet des prétentions contraires du créancier et du *vindex*, le débiteur doit être également l'objet des violences symboliques de l'un et de l'autre. Seulement, comme pour manifester son intention de faire relâcher le *prensus*, le *vindex* doit en le saisissant, repousser la main du créancier, il accomplit en même temps qu'une *manus injectio (reo)* une véritable (*actoris*) *manus depulsio*. Ce qui caractérise le geste du *vindex*, si on le compare à celui du *prensus* de la *manus injectio pura*, c'est la *manus injectio* ; par rapport à celui du créancier saisissant, c'est la *manus depulsio*. Par l'effet de ce geste, le débiteur se trouve libre de toute contrainte ²⁵.

25. D'après M. DEMELIUS aussi, l'acte du *vindex* est un *manum depellere* solennel et un *manum injicere* (*Confessio*, p. 56). Pour HUSCHKE, *Mulla*, p. 398, comme pour la plupart des commentateurs, le *vindex* intervient *manum depellendo*. Cependant, suivant M. HUGO KRUEGER, *op. cit.*, p. 197 et s., l'acte du *vindex* ne serait une *manus depulsio* qu'en ce sens qu'il a pour but de repousser la *man. inj.* du créancier, mais ce terme ne s'appliquerait pas exactement au geste réel du *vindex*. Ce geste consisterait seulement en une *manus injectio* sur le débiteur déjà saisi, qui durerait jusqu'à ce qu'un ordre du prêteur fit lâcher prise aux deux parties, et qui serait désignée techniquement par les mots *manum adserere*. *Manum adserere*, ce serait joindre la main sur un objet à une autre main, celle du premier saisissant, ce qui ne pourrait se dire que de celui qui saisit en second lieu, du *vindex* ; ce serait proprement opérer la *man. inj.* destinée à repousser une autre *m. inj.* déjà accomplie sur le même objet. Les deux adversaires ayant leurs mains rangées à côté l'une de l'autre, *manus conseruntur*. *Vindex* et *assertor* sont synonymes. — Il semble bien, en effet, qu'on ait pu désigner par *manum adserere* l'acte du *vindex*. Mais ce terme ne paraît cependant pas s'être appliqué spécialement à lui, ni même au rôle de défendeur. *Manum adserere* signifie simplement lier la main à une chose, la saisir, il est synonyme de *manu rem adprehendere*. PAUL DIAC. 25, 10 : *asserere manum est admovere*. V. VOIGT, XII *Tab.*, II, p. 44 et n. 17, p. 47 et n. 26. La forme moins ancienne *manu asserere* ou simplement *asserere*, usitée surtout dans la matière des procès de liberté, se dit aussi bien du demandeur que du défendeur. V. par exemple, TITE-LIVE, III, 44 : *M. Claudio clienti negotium*

Le *vindex*, d'après ce qui précède, ne se servait pas de la *vindicta*, c'est-à-dire de la baguette symbolique employée par les parties dans l'*actio sacramenti*. Le parallélisme des actes du *manum injiciens* et du *vindex* doit d'ailleurs faire écarter l'idée qu'il en faisait usage, que pourrait suggérer la parenté des mots *vindex* et *vindicta* ; car, dans les descriptions qui nous sont parvenues de la *manus injectio*, rien n'indique que l'*injiciens* se servît de la *vindicta*.

Comme le geste du saisissant, celui du *vindex* devait être accompagné de la prononciation d'une formule sacramentelle. Il n'est pas nécessaire d'admettre que la *manus injectio* y était désignée expressément comme une *vis* ; il n'y a pas à conclure du nom de *vindex* aux termes de la formule qu'il prononçait, mais simplement à son sens. De même que les gestes qu'elles commentaient, les formules du *manum injiciens* et du *vindex* devaient être en opposition. Les paroles que prononçait le *vindex* se rapprochaient, sans doute, de très près de la *manus injectio*, mais en en prenant, pour ainsi dire, le contre-pied, en énonçant des affirmations directement contraires. Il s'exprimait probablement en termes analogues aux suivants : QUOD ILLE TIBI JURE JUDICATUS (*sive* DAMNATUS) NON EST SESTERTIUM X MILIA, QUANDO EA SOLVIT, OB EAM REM EGO ILLI SESTERTIUM X MILIUM JUDICATI MANUM DEPELLO²⁶.

dedit (Ap. Claudius) ut virginem in servitute assereret. V. aussi SUÉTONE, lib. 2.

26. La forme conjonctive QUANDO EA SOLVIT, malgré le sens alternatif, est justifiée notamment par la L. 53, pr. D. de V. S. 50, 16.

V. la formule proposée par HUSCHKE, *Multa*, p. 399, n. 128. QUOD ILLE TIBI JURE JUDICATUS SIVE DAMNATUS NON EST SESTERTIUM X MILIA ; NEQUE EA QUANDO OPORTET NON SOLVIT, OB EAM REM EGO PRO EO TIBI VINDEX SUM, JUDICATIQUE MANUM HUIC DEPELLO. Elle est établie d'après le texte, que

§ 2. — Effets de l'intervention.

Le *vindex*, par son geste et ses paroles solennels, fait relâcher le *prensus* que le *manum injiciens* avait saisi et qu'il se disposait à emmener. Par là, s'il s'agit à tort, c'est-à-dire s'il s'oppose à une *manus injectio* régulière, il s'oblige envers le saisissant. Deux effets donc de l'intervention du *vindex* : l'un direct et qui est toujours produit : l'arrêt de la procédure d'exécution causé par la mise en liberté du saisi ; l'autre, indirect, dont l'existence est subordonnée à la validité de la *manus injectio* : l'obligation du *vindex*.

C'est tout ce que nous savons jusqu'à présent, relativement aux effets de l'intervention. Les textes nous ont fait connaître immédiatement la mise en liberté du saisi et une certaine responsabilité du *vindex*. Nous avons trouvé dans l'idée de délit le fondement de cette responsabilité conditionnelle, dont l'existence fait l'objet du procès entre le *manum injiciens* et le *vindex*. Bien des points restent encore à éclaircir : la mise en liberté du saisi est-elle provisoire ou définitive ? L'obligation du *vindex*, quand elle existe, s'ajoute-t-elle à celle du débiteur originaire ou s'y substitue-t-elle ? Quels sont sa cause et son objet précis ?

HUSCHKE seul propose, de la formule de la *m. inj. judicati* (dans sa *Jurispr. antejustin.*, 4^e édit. G. IV, 24) : SESTERTIUM X MILIA EAQUE QUANDO OPORTET NON SOLVISTI, et qui a le tort de s'écarter assez du manuscrit de Vérone. V. l'*Apograph.* de STUEMUND et pour les différentes leçons, le *Gaius* de DUBOIS, p. 409. Mais la formule que Huschke attribue au *vindex* a le mérite d'être très compréhensive. Elle pourrait s'appliquer pour quelque cause que soit contestée la validité de la *m. inj.* : inexistence ou extinction de la dette même, invalidité du *judicatum*, inobservation par le saisissant du terme de la dette ou des délais légaux de grâce... V. aussi VOIGT, *XII Taf.*, II, p. 662.

Ces questions se ramènent à la suivante : l'intervention du *vindex* libère-t-elle le saisi qui était en réalité débiteur, ou, en d'autres termes, à l'interruption de la *legis actio* qu'elle produit, faut-il joindre un autre effet direct et immédiat, bien plus radical, l'extinction de la dette du *prensus* ?

Des auteurs très considérables ¹ enseignent que l'acte du

1. HUSCHKE, *Multa*, p. 398 et 399, DEMELIUS, *Confessio*, p. 53, 56. GRADENWITZ, *Zwangswollstreckung und Urtheilssicherung*, p. 291. Comp. aussi BEKKER, *Aktionen*, p. I, p. 39 et suiv.

Le passage de Demelius est à citer, comme contenant ce qui a été écrit de plus net sur le *vindex*.

« D'après le plus ancien droit de l'obligation, le créancier met sa prétention à exécution, sans qu'il puisse y avoir lieu à un débat et par conséquent à un jugement entre lui et le débiteur. On ne peut pas dire non plus que le débiteur n'a aucun droit de contradiction en ce sens qu'il ne pourrait se défendre *en propre personne*, mais qu'il pourrait fournir un tiers comme *défenseur*, *vindex* : on ne peut dire qu'un tiers qualifié de *vindex* peut défendre celui qui est poursuivi par la *manus injectio*, car l'intervention du *vindex* n'est pas une intervention dans le procès entre le créancier et le débiteur, mais plutôt une intervention qui libère immédiatement le débiteur vis-à-vis du créancier. Ce n'est pas parce que le *vindex* obtient un jugement qui lui donne la victoire sur l'*injiciens*, et alors seulement, mais simplement par l'acte d'intervention du *vindex* en cette qualité, que celui qui est menacé de l'exécution sur sa personne, se trouve libéré. Le texte porte : NI JUDICATUM FACIT AUT QUIS ENDO EO IN JURE VINDICIT, SECUM DUCITO : le paiement et l'intervention du *vindex* s'équivalent donc en ce qu'ils excluent le *secum ducere*. Le *manum depellere* est un acte formel, une main-mise sur le débiteur, un *manum injicere* (Liv. VI, 14), dans le but et à l'effet de supprimer la force de la *manus injectio* du créancier. S'il est prouvé que le *manum depellere* du créancier a eu lieu à tort, parce que la dette réclamée par *manus injectio* l'était à bon droit, la procédure en exécution ne reprend pas son cours contre le poursuivi, mais seulement le *vindex* est tenu envers le créancier. Contre le premier il n'y a qu'un recours du *depellens*.

Si le débiteur, en présence de la *manus injectio*, n'a aucun droit de contradiction, si le *manum depellere* apparaît de la part du *vindex*, non comme une contestation de la dette, en ce sens que par suite d'un jugement la libération du débiteur pourrait avoir lieu, mais plutôt comme

vindex éteint l'obligation du saisi, quand elle existe. De telle sorte que quand bien même il ressortirait du procès entre le *vindex* et l'*injiciens* que celui-ci était en réalité créancier, comme il le prétendait, il ne pourrait plus poursuivre le débiteur que le *vindex* a libéré. S'il était prouvé, au contraire, que la procédure d'exécution a été entreprise injustement, il ne pourrait évidemment être question de la continuer, encore moins de la renouveler. Une fois relâché, le *prehensus* jouit donc d'une liberté définitive et n'a plus rien à craindre du saisissant. Mais, si le créancier a perdu son débiteur originaire, il en a gagné un autre, le *vindex* qui, non pas seulement en s'opposant à tort à la saisie et en retardant l'exécution, mais en anéantissant injustement la créance même, a commis un délit envers lui et se trouve, de ce chef, obligé. La dette ancienne est donc remplacée par une dette nouvelle, ayant une autre cause, le délit que constitue l'acte d'intervention injuste, un autre sujet passif, le *vindex*, un autre objet même, le double du préjudice causé, c'est-à-dire de la dette éteinte : il faut admettre, en effet, que le *manum injiciens*, empêché dans l'exercice de son droit par le *vindex*, devenait créancier du double, car les créances qui s'exécutaient à l'origine *per manus injectionem*, donnent plus tard naissance à des actions qui croissent au double *adversus infitiantem*, et comme le *vindex* est le seul débiteur, c'est nécessairement de

une libération définitive de la puissance du créancier, il n'y a en ce qui concerne les rapports entre le créancier et le débiteur aucun débat, aucun jugement, (l'*addictio* n'a pas ce caractère), aucune *confessio*. Que le débiteur, en présence de la prétention élevée contre lui, avoue ou nie, cela revient absolument au même, quant au résultat ; son attitude ne pouvait avoir qu'un effet indirect, en ce qu'il pouvait dépendre d'elle qu'un tiers se déterminât à remplir la fonction de *vindex*. »

lui que le double est exigé ; ceci n'a d'ailleurs rien de surprenant, étant donné le caractère délictueux de l'acte d'où naît son obligation.

On peut admettre, au contraire, que le *vindex*, en s'opposant à la *manus injectio*, suspend l'exécution, fait relâcher le saisi et empêche la *domum ductio* d'avoir lieu, du moins immédiatement, sans attribuer cependant à son intervention cet effet définitif d'éteindre la dette du saisi, quand elle existe².

D'après cette opinion, le *manum injiciens*, pour avoir vu sa saisie suspendue, n'en reste pas moins créancier du *pensus*, s'il l'était en réalité. Il demande raison au *vindex* de l'obstacle apporté à l'exercice de son droit ; mais si, dans le débat qui s'élève entre eux sur le point de savoir si le *vindex* s'est obligé par une sorte de délit, la légitimité de la saisie est constatée, la procédure d'exécution reprend son cours. Le débiteur que l'intervention du *vindex* n'a pas libéré, mais à qui elle n'a donné qu'une liberté provisoire, que le triomphe du *vindex* peut seul rendre définitive, sera, si celui-ci succombe, soumis à la *domum ductio*. Le créancier, d'ailleurs, en même temps qu'il conserve son débiteur ancien, en acquiert un nouveau. La contradiction opposée faussement à son affirmation solennelle, l'obstacle mis injustement à l'exercice de son droit, le retard apporté à tort

2. Cette opinion a été émise par IHERING, *Esprit*, I, pp. 125 et 133 et *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, p. 182 : « Le *vindex*, au cas où il succombait, devait payer, ainsi que le débiteur, le montant de la dette comme peine de l'atteinte qu'il avait portée au droit du créancier ». Elle a été depuis développée et défendue par M. MAX RUEMELIN, *Zur Geschichte der Stellvertretung im röm. civilpr.*, p. 55 et suiv., et par M. DEBRAY, *De la représentation en justice par le Cognitor* (thèse, Paris), p. 76 et suiv.

à l'exécution, sont une injure et une cause de préjudice dont le *vindex* doit réparation. Le créancier a donc deux débiteurs, le débiteur ancien, tenu de la dette originaire, et le *vindex*, obligé par le délit que constitue son intervention injuste ; et comme le *manum injiciens*, en cas de résistance, devait pouvoir réclamer le double de la dette, chacun des débiteurs était tenu du simple.

Telle est la portée des réponses contraires que l'on peut faire à la question : l'intervention du *vindex* éteint-elle la dette du saisi ?

De ces réponses, la négative peut au premier abord sembler plus satisfaisante, comme étant plus naturelle et plus en harmonie avec les caractères généraux de l'ancien droit.

« C'est une invention extrêmement artificielle, dit-on, de n'admettre dans la procédure exécutive un débat sur le droit, qu'autant qu'un autre a pris la place du débiteur originaire³ ». Quel intérêt peut-il y avoir à ce que le saisi, dont la dette envers le saisissant a été constatée dans le débat qui suit l'intervention du *vindex*, se trouve libéré, et à ce que le *vindex* seul soit obligé. Pourquoi ce changement de débiteur ? Sans doute on comprend la nécessité qu'un tiers intervienne à ses risques et périls, pour qu'il soit tenu compte des dénégations et de la résistance du saisi, pour qu'un doute naisse sur la prétention du *manum injiciens*, qui sans cette intervention serait tenue pour certaine. Mais si l'on veut soumettre le débiteur au contrôle de ses amis, de ses parents, des tiers, il n'est pas besoin de le mettre hors de cause. Il suffit que le tiers qui doit élever la voix en sa faveur, assume une responsabilité, et c'est ce qui arrive

3. MAX RUEMELIN, *op. cit.*, p. 56.

si le *vindex*, pour le seul fait d'avoir arrêté à tort la *manus injectio*, se trouve obligé de payer de son côté le montant de la dette. C'est assez pour que l'on soit sûr que personne ne sera disposé à s'interposer à la légère. Sans doute, si le *vindex* était un représentant parfait du débiteur, dans la personne de qui se réalisassent tous les actes qu'il accomplit, on ne comprendrait pas que le droit du saisi devînt plus probable, défendu par ce représentant, que s'il l'était par le saisi lui-même ; mais la force que la cause du *prensus* reçoit de l'intervention du *vindex* apparaît, dès lors que celui-ci s'expose lui-même, et qu'il est tenu, au cas où il succombe, sinon à la place du débiteur, du moins avec lui et comme lui ⁴.

Non seulement ce changement de débiteur n'apparaît

4. Comp. GAUCKLER, *loc. cit.*, pp. 613 et 614 : « Il faut se prononcer entre les deux partis suivants : ou bien voir dans le *vindex* un représentant parfait du débiteur, dans la personne duquel ses actes produiront leurs effets, ou bien admettre qu'il se substitue complètement à ce dernier, en prenant à son compte personnel le procès et toutes ses conséquences ». — Il y a un troisième parti : celui qui est exposé au texte, et d'après lequel le *vindex*, sans libérer le débiteur ni se substituer complètement à lui, verrait se réaliser les conséquences de ses actes, tant dans la personne du saisi, relâché provisoirement, que dans sa propre personne, car il s'obligerait lui-même, s'il a agi à tort ; et il faut reconnaître que ce parti échappe à toutes les objections qu'oppose M. Gauckler à l'opinion qui fait du *vindex* un représentant parfait : le *vindex* dans son débat avec l'*injiciens pro se agit*, dit Gaius : c'est qu'en effet il plaiderait à sa propre affaire : il s'agirait pour lui de savoir s'il s'est obligé en commettant un délit. — « En quoi la présomption de mauvaise foi qui existe à la charge du débiteur récalcitrant, serait-elle atténuée par le fait que celui-ci plaiderait par représentation ? si elle reste tout entière, pourquoi le débat devient-il possible ? » c'est à quoi il est répondu au texte. — « Dans les autres hypothèses où intervient le *vindex*, il supporte les effets de ses actes » ; sans doute, mais ces effets concernent aussi celui pour qui il intervient, celui qui est l'objet de la *vindicatio in libertatem* ou l'*in jus vocatus*.

pas comme nécessaire *a priori*, mais il semble inconciliable avec cette idée, qui est le fondement même de la procédure *per manus injectionem*, que le créancier devait pouvoir se venger du débiteur qui a trompé sa confiance et qui s'est enrichi à ses dépens. Que le créancier pût réagir contre le tiers qui met obstacle à l'acte de justice privée qu'il accomplit, c'est tout naturel : ce qui ne l'est pas c'est qu'il dût abandonner celui de qui venait le premier tort. On comprend que sa vengeance, en présence de la résistance qu'elle rencontrait, s'étendit au défenseur, mais non qu'elle cessât de s'appliquer à l'offenseur qui en était d'abord l'objet. Sans doute, les notions de dette et d'exécution se sont dégagées peu à peu de celles d'offense et de vengeance ; cependant il est toujours resté de principe qu'un créancier ne pouvait être contraint de changer de débiteur. « Comment, dans l'espèce, aurait-on pu exiger du créancier qu'il abandonnât son débiteur originaire et en prit un autre à sa place, qui peut-être ne voulait pas, ou même, — si l'on songe au cas où un *proletarius* intervenait pour un *proletarius*, — ne pouvait pas payer davantage. Quand un tiers fournissait le paiement, il pouvait être indifférent au créancier de qui venait l'argent, mais on ne peut conclure de là à la possibilité d'une intercession⁵ ».

L'extinction, par suite de l'intervention du *vindex*, de la dette du saisi, peut-on dire encore, ne satisfait pas le besoin de symétrie qui est un des traits du caractère formaliste de l'ancien droit. Que l'intervention du *vindex* détruise l'effet de la saisie, c'est-à-dire fasse relâcher le *prensus*, il

5. MAX RUEMELIN, *loc. cit.*, p. 59.

n'y a là rien que de régulier : ce qu'a produit un acte solennel est détruit par l'acte contraire. Mais cet acte contraire ne saurait atteindre que les effets de l'acte même auquel il est opposé : la *manus injectio* étant repoussée, la situation se trouvera la même qu'avant que le soi-disant créancier se soit emparé de son prétendu débiteur. Si celui-ci était en réalité obligé avant d'être saisi, après qu'il aura été relâché sa dette continuera d'exister ; ce n'est pas la *manus injectio* qui l'a créée : la *manus depulsio*, de quelque façon qu'on la conçoive, est impuissante à l'éteindre. Pour produire cet effet, l'acte du *vindex* avait dû être le symétrique non pas de celui du *manum injiciens*, mais des actes solennels d'où est née la créance. Ceux-ci obéissent en effet à la règle d'après laquelle le lien de droit créé entre deux personnes par un acte formel, est rompu par l'acte contraire. Or, le geste du *vindex* et les paroles qu'il prononçait ne correspondaient en rien aux solennités créatrices des obligations que sanctionnait la *manus injectio*. DAMNAS ESTO, a dit le créancier pour former le lien juridique : pour le rompre le débiteur devra rappeler cette formule : QUOD EGO TIBI DAMNATUS SUM. C'est ainsi que la créance née du *nexum* s'éteignait par la solennité inverse, *solutio per aes et libram*, que décrit Gaius, devenue un mode de paiement fictif à l'époque de ce jurisconsulte, mais qui fut certainement à l'origine le seul moyen d'éteindre la *nexi obligatio*. En résumé, l'acte de l'intervenant est le symétrique de la *manus injectio*, mais il n'est pas l'acte contraire des actes générateurs des obligations qu'elle sanctionne, et, pour cette double raison, il ne peut éteindre une dette qui n'est pas un effet de la *manus injectio* à laquelle il s'oppose, mais qui naît

au contraire de solennités auxquelles il ne correspond pas⁶.

On ne saurait d'ailleurs objecter que cette argumentation repose sur une restitution hypothétique de formes restées inconnues : elle est indépendante en effet de la façon dont on conçoit dans le détail les formes de l'intervention. Il suffit qu'on soit d'accord pour y voir une manifestation symbolique de la force privée, destinée à empêcher une exécution par la force privée. Que la force opposée à la force la neutralise, rien de plus naturel ; mais on ne comprend toujours pas comment la violence figurée du *vindex* pourrait briser un lien de droit antérieur à la violence du *manuinjiciens*, et comment elle pourrait détruire l'effet d'une *damnatio*, d'un acte d'une nature toute différente, contrairement à l'esprit du droit romain ancien.

Si, enfin, l'on était tenté de dire que c'est précisément parce qu'il libère le *prensus* contrairement à tous les principes et par l'effet de la force, que le *vindex* s'oblige et commet un délit, l'objection reposerait sur une confusion entre l'usage inopportun et injuste d'un procédé reconnu par la loi, et la possibilité de l'existence légale de ce procédé. Le délit du *vindex* pourrait bien consister à anéantir à tort la créance du saisissant, mais encore faudrait-il que le *vindex* eût à sa disposition un moyen de produire cette extinction, et c'est l'existence même de ce moyen qui est contraire aux principes du formalisme. Quant à la violation de ces principes, elle ne peut se comprendre que de la part de la coutume ou de la loi dont elle constituerait une anomalie et une inélégance, elle ne sau-

6. Comp. DEBRAY, *loc. cit.*, p. 80.

rait être imputée à un individu. Le *vindex* ne peut être rendu responsable de ce que le procédé que la loi lui fournit, est en lui-même anormal et non conforme au caractère général de la législation ; on ne peut lui reprocher que d'en avoir fait une fausse application. Les effets du procédé sont indépendants de la légitimité ou de l'illégitimité de l'application ; il reste donc toujours à expliquer comment la loi peut les faire produire : on ne peut esquisser la difficulté en faisant intervenir l'idée de délit.

Quelque séduisants que puissent paraître ces arguments, ils ne sauraient prévaloir contre le témoignage des textes. Or, ceux-ci nous montrent que le saisi, une fois relâché, jouit d'une liberté définitive.

NI JUDICATUM FACIT AUT QUIS ENDO EM JURE VINDICIT, SECUM DUCITO, dit la loi des XII Tables : disposition que reproduit la *lex Coloniae* : *ni vindicem dubit judicatum ve faciet, secum ducito*. En faisant du défaut d'intervention d'un *vindex*, comme du défaut de paiement, la condition de la *domum ductio*, ces textes expriment clairement que, si l'intervention ou le paiement vient à se produire, la *domum ductio* n'a pas lieu, et comme c'est par elle que se poursuivrait l'exécution contre le *prensus*, dire qu'il y échappe, c'est dire qu'il n'a plus rien à craindre du *manum injiciens*.

Sans doute, objecte-t-on, le *jure vindicare* fait éviter au saisi la *domum ductio*, mais ce n'est que provisoirement ; dans le fragment des XII Tables, reproduit par la *lex Coloniae*, il n'est pas du tout question d'une libération définitive ⁷. L'objection est insoutenable en présence du rapprochement que les deux lois font du paiement et de l'inter-

7. V. MAX RUEMELIN, *loc. cit.*

vention d'un *vindex*. Ces deux actes, dans l'esprit des rédacteurs de nos textes, ont évidemment même effet relativement à la *domum ductio*. Il est inadmissible qu'elle soit écartée définitivement par l'un, et par l'autre, provisoirement; or, elle est rendue impossible par le paiement; donc, aussi par l'intervention d'un *vindex*. *Judicatum facere* AUT *in jure vindicare*, au point de vue des rapports du saisissant et du saisi, cela revient au même : comme le paiement, l'intervention du *vindex* libère donc le saisi vis-à-vis du saisissant.

Le texte de Gaius est également concluant : *nec licebat judicato manum sibi depellere et pro se lege agere; sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat; qui vindicem non dabat domum ducebatur ab actore et vinciebatur*. Deux cas sont distingués nettement par le juriconsulte : ou bien un *vindex* intervient, qui prend sur lui l'affaire : tout se passe entre le saisissant et lui, et il n'est plus question du saisi ; ou bien au contraire il n'y a pas de *vindex*, et c'est alors seulement que le débiteur est emmené chez le créancier et chargé de chaînes.

Le fragment des XII Tables ADSIDUO VINDEXT ADSIDUUS ESTO ; PROLETARIO CIVI QUIS VOLET VINDEXT ESTO, qui s'applique certainement au *vindex* de la *manus injectio*, comme le prouve le passage correspondant de la *lex Coloniae* : *vindex arbitrato IIviri quive jure dicundo praeit locuples esto*, concorde avec les textes précédents : si la loi exige que le *vindex* se trouve dans une situation de fortune analogue à celle du saisi, c'est parce qu'il se substitue à celui-ci, et devient débiteur à sa place ; il ne faut pas que le changement de débiteur nuise au créancier qui est obligé de le subir.

Cette disposition pourrait, à la vérité, se justifier aussi

dans l'autre opinion : on comprendrait que l'on n'eût permis à un citoyen d'intervenir comme *vindex* et de faire relâcher le saisi, ne fût-ce que provisoirement, qu'autant qu'il était en état de dédommager le *manum injiciens* de la suspension de l'exécution⁸. Néanmoins, il était bien plus nécessaire de soumettre le *vindex* à des conditions de solvabilité, et le soin qu'ont pris de les indiquer des lois si peu prodigues de dispositions de détail, s'explique beaucoup mieux, si le *manum injiciens* n'avait plus pour débiteur que l'intervenant et ne pouvait plus compter que sur lui pour obtenir satisfaction, que s'il avait conservé tous ses droits sur son ancien débiteur. Dans la première hypothèse, il s'agissait de le préserver d'une perte totale ; dans l'autre, on se serait préoccupé de lui assurer des dommages et intérêts qui ont presque le caractère d'un gain.

On trouverait enfin un argument en faveur de la libération du saisi dans le passage de la *lex Coloniae*: *si quis in eo vim faciet, ast ejus vincitur, dupli damnas esto colonis que ejus coloniae H S cc I ss dare damnas esto*, si l'on reconnaissait, avec des romanistes éminents⁹, dans la personne désignée par les mots *si quis in eo vim facit*, le *vindex injustus*, c'est-à-dire le *vindex* qui intervient à tort. La loi nous montrerait directement qu'il était condamné au double de la dette originale, indépendamment d'une amende fixe de 20.000 sesterces, et il en résulterait que le *pensus* était libéré. La *duplicatio adversus infitiantem* de la condamnation, sous le système formulaire, dans les actions qui s'exerçaient à l'origine *per manus injectionem*, s'expli-

8. MAX RUEMELIN, *loc. cit.*, p. 58. DEBRAY, *op. cit.*, p. 81.

9. TH. MOMMSEN, *Legis coloniae Juliae genitivae fragmenta nova* (*Ephemeris Epigraphica*), III, p. 110. GIRARD, *Textes*, p. 84.

que, en effet, d'une manière très satisfaisante, si l'on admet soit que le *vindex* était seul tenu du double, le *prensus* étant libéré, soit encore que le *prensus* et le *vindex* étaient tenus chacun du simple, car, dans les actions dérivées de la *manus injectio*, l'*infilians* est devenu son propre *vindex*. Elle serait au contraire inexplicable si, en même temps que le *vindex* s'obligeait au double, le *prensus* était resté tenu de son côté ; car, plus tard, la condamnation aurait crû au triple contre l'*infilians*. La condamnation du *vindex* au double ne peut donc se concilier qu'avec l'extinction de la dette du saisi. Je ne saurais cependant invoquer cet argument, qui repose sur l'hypothèse que c'est le *vindex injustus* qui est désigné par la périphrase *si quis in eo vim faciet*, car je crois et j'essaierai de montrer en étudiant la condamnation du *vindex*, qu'il s'agit, dans ce passage de la *lex Coloniae Juliae Genetivae*, non pas du *vindex*, mais de celui qui par violence délivre le débiteur qui a été emmené et chargé de chaînes. On peut d'ailleurs sembler-t-il renoncer, sans trop de regrets, à cette confirmation, assez superflue, des preuves positives que fournissent les textes précédemment rappelés.

Tout en admettant la solution que ces textes imposent, doit-on la considérer comme constituant une anomalie qu'il faut se résigner à laisser inexpliquée ? Non, sans aucun doute : les effets véritables de l'intervention du *vindex* se justifient aisément par ses origines. Il faut se défier, dans l'étude des institutions très anciennes, des considérations purement rationnelles émises *a priori* ; c'est bien plutôt à la formation historique de ces institutions qu'il convient de s'attacher : elles sont en effet le résultat de coutumes qui se sont établies spontanément et fixées peu

à peu ; ce ne sont pas des mécanismes artificiels créés par des jurisconsultes théoriciens. Il convient donc de se reporter aux origines du *vindex*, et de rechercher si elles rendent vraisemblable la substitution du *vindex* au débiteur.

Quand un tiers intervenait, à l'époque primitive, pour faire relâcher un parent, un ami ou un client, dont quelqu'un s'était emparé de vive force et sur lequel il prétendait exercer une juste vengeance, un conflit violent, un combat véritable s'engageait entre l'intervenant et le saisissant. Le saisi devait naturellement en profiter pour s'enfuir⁴⁰, et si le saisissant, plus fort que son adversaire ou plus énergiquement soutenu, venait finalement à triompher, il n'avait plus d'ordinaire en sa présence et en son pouvoir que le tiers à qui il pût faire supporter les effets de son ressentiment. L'intervention armée devint pacifique ; la force, seul moyen que connût le défenseur primitif, ne fut plus employée par le *vindex* que d'une manière symbolique ; elle ne servit plus qu'à revêtir un acte, devenu juridique, de formes qui le rattachaient à un passé disparu ; elle ne décida plus entre le *vindex* et le *manum injiciens*, dont le débat fut tranché par une autorité judiciaire. Mais la situation respective des trois parties en cause ne changea pas : le *vindex* resta seul débiteur vis-à-vis du créancier, comme le défenseur primitif restait seul exposé à la vengeance du saisissant originaire ; et, de même que l'ancien saisi s'échappait grâce à l'intervention, le débiteur se trouva libéré. Comme dans tant d'autres cas, l'état de fait fut transformé en état de droit.

40. Dans le curieux passage du *Wilhelm Meister* déjà cité, p. 31, n. 20, Goëthe nous montre Mignon profitant de la lutte entre Wilhelm et le saltimbanque, pour se glisser parmi la foule et disparaître ; elle ne reparaît que le lendemain, après le départ des saltimbanques.

Les nécessités pratiques agissaient dans le même sens que la tradition. On s'accorde à reconnaître que le *vindex* faisait relâcher le *prehensus*, au moins provisoirement. Si le créancier avait conservé un pouvoir éventuel sur le débiteur, ce pouvoir aurait été illusoire : le débiteur aurait profité de la liberté qui lui était laissée pendant le procès entre le *vindex* et le *manum injiciens*, pour essayer de se soustraire à une saisie ultérieure de celui-ci, en s'enfuyant ou en se cachant. Tout au moins eût-on dû s'attendre à ce qu'il ne se représentât pas de lui-même pour subir l'*addictio* et la *domum ductio*. Suppose-t-on que le créancier avait à le rechercher, à s'emparer de lui, si par hasard il le retrouvait, et à le conduire devant le magistrat pour obtenir l'*addictio*? Mais ce serait là exercer sur le même débiteur et pour la même dette une *manus injectio* semblable à la première. Or, cela était impossible d'après ce principe qu'une action de la loi déjà intentée ne pouvait plus être exercée une seconde fois⁴¹. Il eût été d'ailleurs extrêmement incommode et peu sûr pour le créancier d'être réduit à ce procédé, en le supposant possible théoriquement.

Ainsi est-on conduit, dans le système que je combats, à admettre que le *vindex*, indépendamment de l'obligation au simple née en sa personne de son intervention injuste, était tenu, relativement au saisi, d'une obligation accessoire.

41. V. GAIUS, IV, 108. Comp. HUSCHKE, *Mulla*, p. 399 et note 128. En sens contraire, MAX RUEMELIN, *op. cit.*, p. 58. D'après ce dernier « l'exécution contre le *prehensus*, lorsqu'était terminé le procès avec le *vindex*, n'était point *iterum agere de eadem re*. Il n'est point du tout nécessaire d'admettre que le créancier prononçât encore les paroles : *quod tu mihi judicatus*, etc. ». Mais M. Rümelin ne dit pas comment il aurait été possible au créancier d'achever l'exécution contre le *prehensus* qui avait été relâché, sans opérer sur lui une nouvelle saisie.

Suivant M. Max Rümelin ¹², il était garant de l'obligation restée à la charge du *prensus*, de telle sorte qu'il était exposé à payer le double de la dette, le simple comme débiteur personnel, par suite de son délit, et le simple comme caution du saisi. Le créancier aurait eu l'avantage de pouvoir exiger d'une seule personne tout ce qui lui était dû, et aurait été à couvert de tous les dommages pouvant résulter pour lui de la suspension de la procédure. De plus, Gaius (IV, 25), après nous avoir appris que les actions *judicati* et *depensi* furent les seuls cas de *legis actio per manus injectionem* où il resta nécessaire après la loi Vallia de fournir un *vindex*, ajoute qu'à cause de cela le défendeur à ces actions dut sous le système formulaire *satisdare judicatum solvi* ; ne serait-ce pas que le *vindex* procurait anciennement au demandeur la même sûreté que lui fournit ensuite la *cautio judicatum solvi*, c'est-à-dire qu'indépendamment de son obligation principale, il cautionnait l'obligation du *prensus* ?

On arrive ainsi au même résultat pratique que dans le système d'après lequel la dette du *prensus* est éteinte, car, en fait, le *vindex* se serait toujours vu demander et aurait toujours dû payer le double ; mais c'est par une voie que l'on ne doit pas suivre. Le principe *Bis de eadem re agi non potest*, qui s'opposerait à ce que le *manum injiciens* agît contre le débiteur, l'empêcherait également d'exiger du *vindex*, en tant que caution, le paiement de la dette originale. Cette qualité même de caution du débiteur ne peut être reconnue dans le *vindex*. Il se présente, non pas pour garantir le paiement, mais pour contester l'existence, la validité ou l'exigibilité de la dette ; il a pour but de mettre

12. *Op. citat.*, p. 68. *Contra*, DEBRAY, *op. cit.*, pp. 84, 85.

en liberté le saisi et de combattre le saisissant, mais non de renforcer la créance. Si l'on comprend que son intervention, quand elle se produit à tort, puisse constituer un délit qui l'oblige principalement, on ne voit pas comment elle serait la source d'une obligation accessoire de celle du saisi et qui la fortifierait. Quant à la particularité que signale Gaius, elle s'explique facilement : la nécessité de fournir un *vindex* avait pour but de rendre difficile la résistance au demandeur dans les cas où elle était suspecte : il fallait que l'intervention d'un tiers à ses risques et périls détruisît la présomption de mauvaise foi qui s'attachait aux dénégations du saisi. L'obligation qui fut substituée à celle de donner un *vindex*, quand le *vindex* eût disparu, est une restriction de la défense conçue dans le même esprit, afin d'empêcher le *judicatus* ou celui *pro quo depensum est*, sans crédit, et par conséquent sans caution, de contester le jugement ou le *depensum*¹³.

Si l'on ne peut considérer le *vindex* comme un garant de l'obligation restée à la charge du débiteur, ne pourrait-on pas admettre du moins qu'il était tenu éventuellement, par suite de son intervention, et indépendamment de la peine pécuniaire du simple, de l'obligation de mettre le débiteur à la disposition du saisissant, pour que celui-ci obtînt l'*addictio*, sans avoir d'ailleurs à prononcer de nouveau les formules de la *manus injectio*? L'obligation du *vindex* se rapprocherait ainsi beaucoup de celle de l'*assertor libertatis* qui, s'il succombait, perdait le *sacramentum* et devait mettre l'*homo* à la disposition du *vindicans in libertatem*¹⁴. Mais

13. V. RUDORFF, *Litiscrescenz* (*Zeitschr. f. g. R. W.* XIV), p. 318.

14. On se souvient que d'après HUGO KRUEGER, *Capitis deminutio*, p. 208, le *vindex*, véritable *vindicans in libertatem*, devrait en cas d'échec, faire

il y a entre les deux situations auxquelles s'appliquaient la *manus injectio* et la *vindicatio in libertatem* une différence essentielle¹⁵. Le maître qui revendique son esclave, veut obtenir l'esclave lui-même ; c'est l'esclave même qu'il exige de l'*assertor* qui s'est opposé à tort à sa prétention. Au contraire, le créancier qui saisit son débiteur, veut recouvrer l'argent qu'il lui a prêté : le débiteur n'a sa personne engagée qu'à cause de l'argent qu'il a reçu et qu'il ne rend pas. C'est à cause de l'argent qu'il est obligé, lié, *ob X milia ligatus* ; c'est à cause de l'argent prêté et non rendu que le *manum injiciens* le saisit : QUOD TU MINI DAMNATUS ES RESTERTIUM X MILIA QUANDOC NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI..... MANUM INJICIO. Il ne prend l'homme qu'à défaut d'argent, et pour en tirer de l'argent ; payé, il n'a que faire de la personne du débiteur. N'est-il pas dès lors beaucoup plus simple, quand il est en présence d'un *vindex* solvable, que ce *vindex* soit tenu directement de le désintéresser : il le désintéressera en payant le double. Cela est plus conforme aussi à la nature des obligations les plus anciennes, parmi lesquelles il faut compter celle du *vindex* ; elles devaient avoir pour objet un *certum aes*¹⁶. Il est beaucoup plus

en sorte que le saisi fût à la disposition du *manum injiciens*, pour l'*addictio*, faute de quoi il encourrait la *poena dupli* comme tout *vindicans* à qui les *vindicæ* ont été attribués à tort, et qui ne restitue pas à l'adversaire l'objet de la *vindicatio*.

15. V. GRADENWITZ, *loc. cit.*, p. 293.

16. Dans la *vindicatio in libertatem*, l'*assertor* qui succombe doit sans doute restituer l'esclave : il n'y a pas là cependant pour lui une véritable obligation de faire, munie d'une sanction directe. Comme tout plaideur *per sacramentum* à qui la possession provisoire de la chose litigieuse a été attribuée, il a dû fournir des *prædes litis et vindiciarum*, et ce sont eux qui sont obligés véritablement (à donner un *certum æs*) s'il ne restitue pas. V. HENRY CUENOT, *La sentence du juge et sa réalisation dans l'a. sacr. in rem* (Nouv. Rev. histor., t. XVII, p. 346 et suiv.). Rien de pareil

satisfaisant de considérer qu'une fois le *vindex* intervenu, le *manum injiciens* n'avait plus affaire qu'à lui. S'il est prouvé que le *vindex* a agi à tort, il sera tenu du double de la créance, ce qui aura le double effet de satisfaire le créancier, qui ne saurait donc plus rien réclamer à son ancien débiteur, et de punir le *vindex* de son imprudence ou de sa mauvaise foi.

Mais, s'il en est ainsi, objecte-t-on, la vengeance du saisissant, fondement de la *manus injectio*, ne se sera pas exercée sur le débiteur lui-même, et d'autre part, la dette aura été éteinte suivant un mode qui ne correspond pas au mode de formation.

Il est facile de répondre qu'en admettant que l'idée de vengeance ait subsisté dans la notion de l'exécution des obligations, la vengeance du créancier n'aura plus à s'exercer, puisqu'il aura été satisfait par l'obligation au double, mise à la charge du *vindex* qui est solvable. C'est d'une manière analogue que dans la novation l'obligation d'un débiteur était éteinte par la création de l'obligation contractée par un *expromissor* ou par un promettant délégué par l'ancien débiteur. L'exemple de la novation qui se réalisait par une stipulation, c'est-à-dire *verbis*, et servait à éteindre une obligation quelconque, et par conséquent même non verbale, montre que l'on ne saurait déclarer impossibles *a priori* l'extinction de la dette du *pensus* et la substitution à cette dette de celle du *vindex*, au nom du

dans la *m. inj.* Le *vindex* ne fournit pas de *prædes* : cela résulte de ce qu'on exige de lui-même des conditions spéciales de solvabilité. L'obligation qu'il assume est donc à sa charge personnelle, et, comme toute obligation véritable très ancienne, c'est une obligation de donner un *certum æs*.

principe de la symétrie nécessaire des formes employées pour la création et pour l'extinction d'une obligation. Ce principe, en effet, ne doit pas être entendu rigoureusement. Il n'est exact que si on le considère seulement comme l'expression d'une tendance générale de l'ancien droit ; pris à la lettre, il comporterait plus d'exceptions que d'applications¹⁷.

La substitution du *vindex* au débiteur en faveur duquel il intervient, établit une certaine analogie entre le *vindex* et les autres garants du très ancien droit romain. Dans ce droit, comme d'ailleurs dans les législations primitives en général, le tiers qui intervient comme garant en faveur d'autrui, est obligé, non pas subsidiairement ou même conjointement avec la personne qu'il cautionne, mais comme débiteur unique ; lui-même peut être poursuivi judiciairement ; celui que nous serions tentés de regarder comme le débiteur principal, n'est exposé à aucune contrainte de la part du créancier : il n'est obligé qu'à l'égard de la caution qui a contre lui un recours¹⁸. C'est ainsi qu'on ne peut exiger que du *vas* seul le paiement de la *summa vadimonii*, si le plaideur ou l'accusé dont il a garanti la comparution

17. Le paragraphe 175 même du commentaire III de Gaius, souvent invoqué comme fournissant des exemples de la loi de la correspondance des formes de création et d'extinction des obligations, ne montre une correspondance parfaite qu'entre la *solutio per aes et libram* et le *nexum*. La symétrie n'existe déjà plus entièrement entre la *solutio per aes et libram* et le *judicatum* ou le *legatum per damnationem*, où ne se rencontrent ni la balance, ni l'airain, ni les cinq témoins, ni le *libripens*. V. J. A. Roux, *Loi de la correspondance des formes* (thèse, Paris)

18. Le rôle et le caractère de la caution dans le droit ancien ont été mis en évidence par IHERING, *Geist des römischen Rechts* (4^e édit. Leipzig, 1888), t. III, introduction, pp. XIII et suiv. V. sur ce sujet H. CUFENOR, *Sentence du Juge*. *Nouv. Rev. histor. de dr.*, XVII, pp. 341 et suiv., et les auteurs qu'il cite.

en justice fait défaut ou prend la fuite¹⁹. L'inexécution de la promesse cautionnée par un *sponsor*, ne donna d'abord ouverture à une action que contre celui-ci²⁰. Si quelqu'un traite avec l'Etat, pour un bail, par exemple, ou pour une entreprise de travaux publics, son propre engagement n'est point sanctionné, mais il doit fournir un *præs* qui répond sur sa personne et sur ses biens de l'exécution du marché²¹. On ne saurait donc dire que l'ancien droit répu-

19. Les textes nous montrent bien le *vas* obligé de payer, jamais le défendeur ou l'accusé lui-même. V. la définition de Varron, de L. L. VI, 74 : *Vas appellatur qui pro altero vadimonium promittebat*. Dans le droit classique, le défendeur promet *cum satisfactione* qu'il sera produit en justice : *Vadimonium ei faciendum est, id est ut promittat se certo die sisti* (GAIUS, IV, 184) : c'est qu'à l'origine il n'y avait qu'un engagement, celui du *vas* qui devait amener le *reus* devant le magistrat. Sur l'acceptation passive de *sisti*. v. TACITE, *Ann.*, XV, 54, PLINE, *Lettres*, X, 97.

20. Le mot de *sponsio* qui s'applique à tout engagement né *verbis* n'éveille aucunement l'idée d'un contrat accessoire. — Le *sponsor* peut accéder valablement à une obligation nulle (G. III, 419) ; l'existence d'une obligation principale, au moins naturelle, est nécessaire à la validité de l'engagement du fidéjusseur (fg. 29 et 6, § 2. D. de *fidej.*, 46. 2.). C'est que le fidéjusseur, dès le moment de son apparition relativement récente, est un obligé accessoire : il fallait donc qu'il y eût à côté de lui un obligé principal ; au contraire, le *sponsor* a d'abord été obligé principal ou plutôt seul obligé. La nullité de l'obligation à laquelle il accède est précisément la cause de son intervention, comme il sera dit plus loin. On peut encore argumenter de la durée limitée de son engagement et de la sanction énergique de son secours.

21. Comp. : les définitions du *præs* et du *manceps* données par Festus : *Præs est qui populo se obligat interrogatus que a magistro si præs sit, ille respondet : præs*. — *Manceps dicitur qui quida populo emit conductive, quia manu sublata significat se auctorem emptionis esse* : l'un s'engage solennellement, l'autre fait une promesse dénuée de formes. — Les textes parlent toujours de l'obligation des *prædes*, jamais de celle du *manceps*, de celui qui traite avec l'Etat. La loi de Malacca (LXIV), particulièrement, s'étend longuement sur l'exécution des *prædes* et reste muette sur celle du *manceps*. V. aussi la *lex Acilia repetundarum*, §§ 57, 61 et 67, la *lex agraria* de 643, §§ 47 et 84. Surtout, l'inscription de Pouzzoles, qui nous a conservé l'acte d'un marché passé par la colonie de

gne à ce que la vengeance ou la poursuite du créancier soit détournée contre un tiers, et il n'est pas surprenant que le *vinde*x, comme tous les garants qui interviennent en faveur d'autrui, prenne toute la dette à sa charge et se trouve seul obligé.

Cependant il convient d'observer que l'analogie entre le *vinde*x et les anciennes cautions est assez superficielle. Celles-ci ont apparu, non pas pour garantir l'engagement d'un véritable obligé, mais pour donner par un moyen détourné une sanction à des obligations qui en étaient dépourvues. L'ancien droit ne reconnaît que les obligations de donner un *certum aes* ; les autres, notamment les obligations de faire, ne sont pas munies d'actions. Veut-on obtenir de Primus un fait, une prestation qui ne saurait légalement être l'objet d'un contrat, il faut, pour sanctionner indirectement l'engagement, qu'un tiers intervienne et promette une somme déterminée, *certum aes dare*, pour le cas où Primus n'exécuterait pas ²². On transformait ainsi

Puteoli (649. U. C.), pour la reconstruction d'un mur, fournit un argument décisif : nous y lisons à la fin : *Gaius Blossius q. f. H. S. D. idem præs.* v. GIRARD, *Textes*, p. 727. L'adjudicataire G. Blossius se constitue lui-même comme *præs*. Cet engagement du *manceps* comme *præs* serait inexplicable, s'il était déjà tenu comme *manceps*. En ce sens MOMMSEN, *Stadtrechte von Salpensa u. Malaca*, p. 471. V. CUENOT, *loc. cit.*, p. 352. — PELTIER, *Cautio prædibus prædiisque* (thèse, Paris).

Le caractère principal de l'obligation de la caution primitive se retrouve dans tout le droit barbare (germanique, burgonde, lombard) et aujourd'hui encore chez les Ossètes d'après M. KOWALEWSKI (*Journ. des Sav.*, 1887). V. CUENOT, p. 350 et 351 et la très riche bibliographie qu'il fournit. V. notam. ESMEIN, *Et. sur les contrats dans le très ancien dr. franç.*, p. 83 et suiv.

22. Sur le caractère pécuniaire de l'objet de l'obligation très ancienne, IHERING, *loc. cit.*, GÉRARDIN, *Etude sur la solidarité*, Paris, 1885, p. 20. Comp. SAVIGNY, *Traité des Oblig.*, V. app., XIV. Pour les sources, V. FESTUS, *vo Stips*, VARRON, *De lingua lat.*, V, 182.

une obligation de faire, juridiquement nulle à raison de son objet, en une obligation de donner valable et reposant sur la dette d'un tiers. Celui-ci, qui est un membre de la *gens*, un parent, un patron, usera de son influence, de son autorité pour amener l'exécution du fait promis, à laquelle il a intérêt ; de sorte que cette clause pénale à la charge d'un tiers assure soit la réalisation en nature de la prestation, soit tout au moins le paiement d'une indemnité pécuniaire fixée à l'avance. Tels ont été la raison d'être et le rôle des premières cautions. Les *vades*, les *praedes*, sans doute aussi les premiers *sponsores* garantissaient, qu'on le remarque, des obligations de faire : se présenter en justice à jour fixe, exécuter tels travaux, accomplir un fait convenu. D'après cela, on ne peut les invoquer comme des exemples de substitution proprement dite d'un débiteur à un autre. Ces anciennes cautions n'éteignent pas la dette d'autrui, car il n'y a de valable que l'obligation qu'ait en leur personne. Au point de vue juridique c'est plutôt elles au contraire qui sont libérées, en ce sens du moins que l'obligation conditionnelle qu'elles ont contractées ne peut plus prendre naissance lorsque celui en faveur de qui elles sont intervenues, accomplit de bonne volonté la prestation non exigible qu'il avait promise. Bien différent est le rôle du *vindex* : il ne s'agit pas pour lui de s'engager pour donner une sanction à une obligation qui n'existe pas en droit : la dette réclamée du *prehensus* porte sur un *certum aes*, et elle est de celles que la loi reconnaît, puisqu'elle est de nature à donner ouverture à la *legis actio per manus injectionem*. Les premières cautions se trouvent seules débitrices, parce que ceux pour qui elles interviennent ne peuvent, à raison de l'objet de leur promesse,

être liés eux-mêmes juridiquement. Le *vindex* est obligé à l'exclusion du *prensus*, parce qu'il prend la place de celui-ci, parce qu'en s'engageant il éteint une dette sanctionnée par elle-même énergiquement.

§ 3. — Qui peut intervenir ?

L'intervention injuste du *vindex* a pour effet de le substituer au *prensus*, comme débiteur du *manum injiciens*. Ce changement de débiteur, qu'il ne dépend pas du créancier d'éviter, ne doit pas pouvoir lui porter préjudice. Pour cela, il faut que le nouveau débiteur vaille pour lui l'ancien, que la dette nouvelle soit aussi sûre que la dette originale. Indépendamment de la considération plus grande que méritait l'intervention d'un citoyen aisé, le rôle même du *vindex* devait donc conduire à exiger de lui certaines garanties de solvabilité. Nous les trouvons en effet indiquées dans le Chapitre LXI de la *lex Coloniae Juliae Genetivae*, relatif à la *legis actio per manus injectionem*, qui donne pour la fin de la période des actions de la loi une réponse expresse à la question : qui peut intervenir comme *vindex* dans la *manus injectio* ? *Vindex arbitrato II viri qui ve jure dicundo praverit, locuples esto*. Ce texte nous montre en même temps que, quelque place que l'on attribue au fragment des XII Tables ADSIDUO VINDEX ADSIDUUS ESTO ; PROLETARIO CIVI QUI VOLET, VINDEX ESTO, qui lui a évidemment servi de modèle ¹, ce fragment fournit pour l'é-

1. La question intéressante de la place que doit occuper dans la loi des XII Tables le fragment ADSIDUO VINDEX., se rattachant intimement à celle de l'existence du *vindex* de l'*in jus voc.* sera étudiée à l'occasion de cette dernière. Il suffit pour le moment, qu'il résulte de la *lex Col.*

poque de la loi des XII Tables, la solution de la même question.

Quoique de ces deux prescriptions de la *lex Coloniae* et de la loi des XII Tables, l'une procède de l'autre, elles ne sont pas cependant identiques. Ce qu'elles ont de commun, c'est le but : faire d'une solvabilité suffisante du *vindex* la condition de son intervention. Elles diffèrent par les moyens employés pour atteindre ce but, qui sont d'une valeur très inégale.

Que pouvait attendre un créancier de son débiteur ? le paiement, si ce débiteur avait assez de bien pour l'effectuer, ou s'il avait des parents, des amis ou des protecteurs disposés à payer pour lui : sinon, le créancier ne pouvait espérer recevoir que le prix de la vente à l'étranger de son débiteur, ou la valeur des travaux qu'il pouvait lui faire accomplir. Parmi ces divers éléments de crédit, le secours qu'un débiteur peut recevoir d'autrui est incertain ; la valeur marchande d'un homme libre, s'il était vendu, ne pouvait guère être évaluée : les valeurs des travaux à effectuer que peuvent accomplir des hommes différents ne sont guère comparables : pour que le *manum injiciens* eût pleine garantie, il fallait donc que le *vindex* fût dans une situation

que le fragment des XII Tables est applicable au *vindex* de la *man. inj.* La différence que je relèverai entre le fragment des XII Tables et le passage correspondant de la *lex Col.* ne saurait être attribué à ce que le fragment I, 4 serait relatif uniquement au *vindex* de l'*in jus voc.* ; car la loi Rubria, de la même époque que la *lex Col. J. G.*, a, relativement au *vindex* de l'*in jus voc.*, une disposition semblable, non à celle des XII Tables, mais à celle de la *lex Col.* La différence entre ces deux dernières dispositions tient donc non à une différence d'objet, mais à une différence de temps ; il y a eu une évolution historique qui s'est faite à la fois pour le *vindex* de la *man. inj.* et pour celui de l'*in jus voc.*

de fortune telle, qu'il fût certain qu'il paierait plutôt que de se laisser saisir, enchaîner et vendre. Il fallait qu'il fût riche *pro magnitudine rei*.

C'est ce qu'on exige à la fin de la période des actions de la loi, ainsi que le montre la *lex Coloniae Juliae Genetivae*, aux termes de laquelle tout *vindex* doit être *locuples* à l'estimation du décevuir. Dans la langue courante, *locuples* est synonyme de *pecuniosus* et signifie riche ². C'est le sens qu'il a ici, puisque c'est d'après l'appréciation du décevuir que le *vindex* doit être suffisamment *locuples* ³. Cela est confirmé par la loi 234, § I, de V. S. 50, 16 (Gaius, l. 2, *ad leg. XII Tab.*) : *locuples est, qui satis idonee habet pro magnitudine rei, quam actor restituendam esse petit*.

La loi des XII Tables, bien qu'inspirée d'un esprit très rigoureux envers le débiteur, offrait bien moins de garanties au créancier, par suite de la mise en œuvre maladroite des moyens. A un *adsiduus*, dit-elle, il faut pour *vindex* un autre *adsiduus* : pour un *proletarius*, quiconque le veut, peut intervenir. D'après l'étymologie, l'*adsiduus*, ou citoyen assis, serait celui qui aurait une certaine fortune

2. V. MOMMSEN, *Dr. pub.* (tr. P. F. GIRARD), VI, 4, p. 268, n. 3.—CICÉRON, *de re pub.*, 2, q. 16.—VARRON, dans NONIUS, v^o *Proletarii*, p. 67. M. : *quibus erat pecuniae satis locupletes*. — V. aussi MOMMSEN, *loc. cit.*, pour l'étymologie, qui sans doute vient de *locus*, ce mot désignant peut-être l'endroit où l'on serrait l'argent, l'*aerarium* particulier, comme *loculus* désigne la poche, et pour la critique des étymologies anciennes.

3. Cela prouve qu'on était *locuples*, non pas d'une façon absolue, dès qu'on avait une fortune atteignant un certain chiffre fixe, mais relativement à l'affaire. L'*arbitratus* du magistrat n'est pas une simple constatation que la fortune du *vindex* atteint un chiffre fixé à l'avance, une fois pour toutes ; il eût été inutile de mentionner ce contrôle nécessaire de la situation qu'a, en fait, le *vindex*. C'est une appréciation du chiffre que doit atteindre la fortune du *vindex* pour donner, dans l'espèce, garantie suffisante au créancier.

immobilière ⁴. Cependant, d'après les témoignages concordants des auteurs anciens, le mot *adsiduus* a un sens différent et beaucoup plus précis : tout citoyen dont la fortune lors des opérations du cens est évaluée à plus de 1500 as, est soumis à l'impôt et reçoit le nom d'*adsiduus* ⁵ ; *assiduus ab asse dando* disent beaucoup d'auteurs anciens, adoptant une étymologie qui correspond aussi exactement aux institutions qu'elle est inexacte au point de vue de la langue ⁶. Le citoyen dont la fortune est égale ou inférieure à 1500 as, est un *proletarius* ; il est dispensé de l'impôt, l'Etat n'attend de lui que des enfants, *proles* ⁷.

4. *Adsiduus* vient évidemment de *adsidere* comme *residuus*, de *residere*. Dans le langage courant, *adsiduus* signifie l'habitant assis dans le lieu ; le propriétaire vivant sur son bien est appelé *adsiduus dominus*. Cic., *de sen.*, 16, 56. cf. *pro Rosc. Amer.*, 7, 18 : *adsiduus in prædiis*. Quelques-unes des anciennes étymologies remontent exactement à *sedere*. PAUL, *Ep.*, p. 2, *adsiduus dicitur qui in ea re quam frequenter agit, quasi consedissee videatur*. L'orthographe du mot est établie par l'étymologie et par des inscriptions du temps de la République. *Corp. ins. lat.*, VI, 9499. — V. MOMMSEN, *op. cit.*, VI, 1, p. 268, n° 2.

5. Cic., *De re p.*, 2, 22, 40 : (Servius Tullius) *cum locupletes assiduos appellasset ab aere dando, eos qui aut non plus mille quingentos aeris aut omnino nihil in suum censum præter caput detulissent, proletarios nominavit, ut ex iis quasi proles, id est quasi progenies civitatis expectari videretur*. — AUL. GELL., 16, 19, 10. — V. MOMMSEN, *op. cit.*, p. 268 et n. 1.

6. Parmi les étymologies anciennes c'est celle qui prévaut. Cic., *de re p.*, 2, 22, 40 (V. n. précéd.), *Top.*, 2, 10. — QUINTIL., *Instit.*, 5, 10, 35. — AUL. GELL., 16, 10, 15. — FESTUS, v° *Assiduus*. — V. MOMMSEN, *op. cit.*, p. 268 et n. 2. Cette étymologie conduit à l'orthographe *assiduus*.

7. De là son nom ; du moins, telle est l'explication que donnent les écrivains anciens : Cic., *de re p.*, 2, 22, 40 (cité n. 5). — AULU-GELLE, 16, 10, 13. — NONIUS, pp. 67 et 155, M. — Cf. TIT. LIV., 2, 9, 6. — Suivant M. MICHEL BRÉAL, *Rev. politique et parlementaire*, VI, n° 17 (5 nov. 1895), pp. 211 et 212, *proletarius* est dérivé de *proletum*, vieux mot qui désignait le peuple, la multitude (de *olesco*, croître, grandir et de la préposition *pro*), et synonyme de *plebs* et de *populus*, tous ces termes tirant leur signification de l'idée de pulluler ; *proletarius* signifiait donc homme du peuple ; plus tard, il a été remplacé par *plebeius*. Quoi qu'il en soit

L'égalité des fortunes du *vindex* et du saisi à laquelle tend cette prescription, sans être souvent une garantie nécessaire, n'est pas toujours une garantie suffisante pour le créancier, puisque le *vindex*, s'il succombe, sera obligé au double de la dette originaire, et puisqu'à raison de leurs situations de famille et de leurs qualités individuelles, deux débiteurs également pauvres peuvent offrir au créancier des chances très différentes de remboursement. Cette égalité même des fortunes, enfin, n'est assurée que par une approximation très grossière. Il y a pour le *manum injiciens* une différence sensible entre un *proletarius* qui a 1500 as et un *proletarius* qui n'a rien du tout ; il peut y avoir surtout une différence très considérable entre deux *adsidui* appartenant à deux classes différentes parmi les cinq qui comprennent l'ensemble des citoyens imposés. Rudorff⁸ pense que le *vindex* et le débiteur devaient être de cens égal. Cette exigence n'est pas dans la loi. Mais il est certain que la coutume ou une loi postérieure modifia la disposition décemvirale ; on en vint à prendre *adsiduus* au sens plus large de *locuples*⁹,

de l'étymologie du mot, le sens précis qu'il a dans les textes législatifs est attesté par les écrivains anciens et ne peut être mis en doute.

8. *Röm. Rechtsgesch.*, II, § 63, p. 210 et n. 12, à propos du *vindex* de l'*in jus vocatio*.

9. Les auteurs anciens emploient souvent comme équivalents *locuples* et *adsiduus*. CICÉR., *Top.*, 2, 10 : *cum lex adsiduo vindicem adsiduum esse jubeat, locupletem jubet locupleti; locuples enim est adsiduus, ut ait Ælius*. De même, *de re p.*, 2, 22, 60. — VARRON (dans NONIUS, p. 67 m.) *quibus erat pecuniae satis locupletes, assiduos, contrarios proletarios*. FESTUS, *Ep.*, p. 9. AULU-GELLE, 16, 10, 15.

Je ne puis croire malgré l'autorité de MOMMSEN, *op. cit.*, p. 268, n. 3, que le mot *locuples* ait figuré dans les XII Tables. Précisément à cause de la synonymie qu'on établit à une certaine époque entre *adsiduus* et *locuples*, il n'a pas dû être question dans un même passage du *locuples* à côté de l'*adsiduus* (*contra*, EXNER, *Z. f. R. g.*, XIII, p. 392. *Sic*, GAUCKLER,

et au temps de César, d'après la *lex Coloniae Juliae Genetivae*, comme d'après *lex Rubria*, tout *vindex* doit être reconnu *locuples*, c'est-à-dire suffisamment riche pour offrir des garanties au créancier dans l'espèce, d'après l'appréciation du magistrat, c'est-à-dire du prêteur à Rome et du duumvir dans les colonies. Je ne puis croire en effet avec Exner que si les lois des colonies exigent toujours un *vindex* dont la solvabilité suffisante pour l'affaire soit appréciée par le magistrat, c'est seulement parce que la division en classes d'après le cens n'y était pas applicable¹⁰. Il y a eu sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, sans doute, de notre matière, une évolution historique¹¹. Si la législation

op. cit., p. 617). *Locuples* aurait-il appartenu à un autre passage qu'*adsiduius*, par exemple, si l'on suppose que le fragment I, 4 était écrit au sujet de l'*in jus voc.*, la même prescription aurait-elle été reproduite à propos de la *m. inj.* avec l'emploi du mot *locuples*? Il est plus vraisemblable qu'il n'y a eu qu'une disposition unique, d'une portée générale, celle dont la formule nous est parvenue; le mot *adsiduius* qui y est employé a été remplacé dans les textes législatifs plus récents par le mot *locuples* plus moderne. Il faut remarquer, en effet, que la loi *Rubria* exige du *vindex* de l'*in jus voc.* qu'il soit *locuples*, comme la *lex Col. J. G.* du *vindex* de la *m. inj.* Il fallait pourtant qu'*adsiduius* fût dit dans les XII Tables ou du *vind.* de l'*in jus voc.*, ou de celui de la *m. inj.* Puisqu'au commencement du VIII^e siècle, on emploie le mot *locuples* et pour l'un et pour l'autre, c'est que *locuples* a dans la langue remplacé *adsiduius*. Il n'est pas étonnant dès lors que Gaius, l. 2, *ad. leg. XII Tab.* (D. l. 234, § 1, de V. S.) explique à propos du *vindex* de la *m. inj.* ce qu'il faut entendre par *locuples* devenu le terme usuel. Le passage des Topiques *locuples enim est adsiduius, ut ait Ælius* n'indique-t-il pas que *locuples* est l'interprétation donnée par Ælius du mot du texte *adsiduius*? V. aussi A. GELL., 16, 10 : *adsiduius in XII Tab. aut pro locuplete et facile munus faciente dictus*; et sur l'ancienneté et la disparition du mot *adsiduius*, *ibid.* : *sed enim, cum proletarii et assidui... evanuerint, omnisque illa XII Tabularum antiquitas... lege Æbutia lata consopita sit.*

10. EXNER, *Zeitschr. f. Rechtsgesch.*, XIII (1878), p. 392.

11. Je ne puis être que surpris de lire dans MOMMSEN, *Dr. pub.*, tr. fr., V, 1, p. 269 : « la profondeur de la distinction (de l'*adsiduius* ou *locuples*

devint plus rigoureuse pour le débiteur, ce qui semble contraire à ses tendances ordinaires, c'est qu'ainsi elle se perfectionnait au point de vue de la mise en œuvre d'un principe qui n'avait pas changé, et cette modification qui était un progrès, dut se faire à Rome et pour Rome, comme pour les colonies.

L'appréciation et la constatation par le magistrat des qualités requises du *vindex* se faisaient sans doute avant l'intervention, avant même la *manus injectio in jure*, pendant les quelques explications préliminaires non solennelles, qui devaient précéder l'accomplissement de la *legis actio*.

et du *proletarius* ou *capite census*) se révèle notamment en ce qu'en procédure civile, d'après le droit des XII Tables *comme d'après celui du temps de César*, le *vindex* du citoyen imposable doit être également un citoyen imposable, *et celui du non-imposable peut être un citoyen quelconque* » — et de voir cette assertion du grand historien appuyée sur la loi des XII Tables *et sur les lois Rubria et de la colonie Genetiva*, citées en note, note 3.

CHAPITRE IV

LE PROCÈS ENTRE LE MANUM INJICIENS ET LE VINDEX ET SES CONSÉQUENCES.

§ 1. — Le procès.

L'intervention du *vindex* libère le *prensus*, s'il était débiteur, et oblige le *vindex*, s'il a agi à tort, c'est-à-dire s'il s'est opposé à une *manus injectio* légitime. Comme dans chaque espèce il faut savoir si, en fait, le *vindex* est ou non obligé, il y a place pour un procès sur ce point, entre le saisissant et lui.

On peut imaginer que le saisissant, obligé par une intervention qu'il n'avait pas prévue, de relâcher le saisi, ne se retourne pas contre le *vindex*. C'est reconnaître que la *manus injectio* était mal fondée, et que le *vindex* en s'y opposant a légitimement agi. Tout est alors terminé. Mais ce cas devait être fort rare.

Le plus souvent le *manum injiciens* se dit atteint dans l'exercice légitime de son droit, et prétend être devenu de ce chef créancier du *vindex*. Celui-ci contredisant ces affirmations, un débat s'élève entre eux, dont il faut maintenant rechercher les formes judiciaires et les conséquences.

Le défaut de textes explicites a produit sur les formes du débat entre le *vindex* et le *manum injiciens*, comme sur tant d'autres points, le désaccord entre les interprètes. Quelle était la *legis actio* employée ? Toutes les opinions

possibles ont été émises, car on a conjecturé tour à tour que c'était l'*actio sacramenti in rem*, l'*actio sacramenti in personam*, la *judicis postulatio*, la *manus injectio* et aussi la procédure *per sponsionem*¹.

Je n'ai maintenant à examiner que les hypothèses conciliables avec l'opinion que j'ai adoptée, suivant laquelle le débat porte, directement du moins, sur le point de savoir si le *vindex* est obligé envers le saisissant².

On a pu supposer qu'un passage de Valère Maxime³, contient la solution de la question⁴. On y voit le collège des tribuns prendre à l'égard d'un tribun qui ne satisfait pas ses créanciers, *fiducia sacrosanctae potestatis*, la décision suivante : *si neque solveret pecuniam, neque daret cum quo sponsio fieret, appellantis se creditoribus auxilio futurum*. Un débiteur, pour échapper à la *manus injectio*, doit payer ou donner un *vindex* : le collège des tribuns veut, dit-on, que le tribun que son inviolabilité préserve de la *manus injectio*, et qui en abuse, accomplisse les conditions par lesquelles on s'y soustrait de droit commun : qu'il paie ou qu'il fournisse un *vindex*, sinon le collège viendra en aide aux créanciers. D'après cette explication, *dare cum quo sponsio fieret* signifierait donc donner un *vindex*, d'où il faudrait conclure que c'était la procédure *per sponsionem* qui était usitée dans le débat entre le *manum injiciens* et le *vindex*.

Je ne crois pas qu'il soit ici question de *vindex*. *Is cum*

1. V. Chap. II.

2. Je n'ai plus, par exemple, à discuter l'hypothèse de l'emploi de l'*actio sacram. in rem*, qui correspond à une conception du rôle du *vindex* dont je me suis efforcé de montrer l'inexactitude.

3. *De dictis factisque mirabilib.*, VI, 3, 4.

4. Comp. MAX RUEMELIN, *op. cit.*, p. 61 et BEKKER, *Aktionen*, I, p. 263.

quo sponsio fieret, c'est tout simplement un *sponsor*, une caution qui s'engage à payer pour le tribun débiteur principal, et que rien n'empêche les créanciers de poursuivre. Ils ne peuvent en venir à la *manus injectio* contre le tribun : ils pourront du moins y procéder contre la caution. Le *sponsor* joue ici un rôle analogue à celui des *sponsores* du très ancien droit : son engagement procure la sanction d'un droit qui ne pouvait être amené directement à exécution. De plus, si le *vindex* est le tiers qui par son intervention anéantit la *manus injectio* qui se produit, comment le tribun donnerait-il un *vindex*, quand il n'y a pas de *manus injectio* qu'on puisse commencer même à opérer contre lui ? Il faut donc écarter le passage de Valère-Maxime, qui ne contient rien de relatif au *vindex*. La procédure *per sponsionem*, dont l'apparition est certainement postérieure à celle de la *manus injectio*, n'aurait pu en tous cas être employée dès l'origine dans le débat que comporte cette *legis actio*.

D'après Huschke⁵, la question discutée entre le *vindex* et l'*injiciens*, étant une véritable question de droit qui se pose pour la première fois, devrait être tranchée au moyen de l'*actio sacramenti in personam*. On peut ajouter que par son objet elle rentrerait dans le domaine d'application de cette *legis actio*, car il s'agit de l'obligation à une somme d'argent déterminée. C'est sans doute cette opinion qu'il faudrait adopter, si l'on devait admettre que le débat qui s'élève entre le *vindex* et l'*injiciens* devenait un procès entièrement distinct de la *legis actio per manus injectionem* proprement dite, et empruntant les formes d'une autre

5. *Multa*, p. 399.

action de la loi. Mais c'est précisément le contraire qui s'impose, ce qui exclut du même coup l'hypothèse de l'*actio sacramenti* et celle de toute *legis actio* autre que la *manus injectio*.

D'abord, si la *legis actio per manus injectionem*, a été à l'origine la procédure *unique* en matière d'obligations, elle était nécessairement entièrement indépendante des actions qui n'ont apparu que plus tard ⁶. En dehors de cette raison qui n'est décisive que pour qui admet, comme je l'ai fait, l'antériorité de la *manus injectio*, de pressants motifs conduisent à la même conclusion ⁷. Sans l'éventualité du conflit produit par l'intervention du *vindex*, la *manus injectio* sur la personne du *damnas* ou du *judicatus* n'eût été qu'un acte solennel de justice privée, semblable aux *manus injectiones* nombreuses que l'on rencontre en droit romain, exercées notamment sur les esclaves, et qui ne sont que des saisies extra-judiciaires ⁸. Ce n'est que parce qu'elle comporte un débat qu'on a pu la classer parmi les formes de procédure judiciaire. « Il ne pouvait être question

6. DEMELIUS, *Conf.*, p. 36, n. 4. — On ne saurait supposer que la *m. inj.* ait existé pendant une certaine période sans l'intervention possible d'un *vindex*, et par conséquent sans débat entre le *vindex* et l'*injiciens*, et que cette intervention et ce débat aient apparu plus tard avec l'*act. sacram. in person.* Le rôle du *vindex*, cela résulte de son caractère, remonte, comme la *man. inj.* elle-même, à l'époque primitive où les procédures judiciaires n'étaient pas organisées, et où la notion confuse du droit n'avait d'autre sanction que la force brutale. Le droit de fournir un *vindex* est d'ailleurs le minimum de garanties qui puisse être laissé à un défendeur.

7. Il est à remarquer que KARLOWA, notamment, qui défend l'opinion ancienne de la priorité de l'*act. sacr.*, soutient aussi que le débat entre le *vindex* et l'*injiciens* est une continuation de la *leg. act. p. m. inj.*, sans transformation en une autre *legis actio*.; *op. cit.*, p. 185 et suiv.

8. V. les très nombreux cas indiqués dans BRISSON(IUS), de *Formulis*, V, c. 19.

d'une *legis actio per manus iniectionem* comme d'une espèce de procédure, que lorsque le défendeur, assisté ou non d'un *vindex*, contestait la légitimité de la *manus injectio* ⁹ ». C'est ce cas que les juriconsultes anciens avaient surtout en vue quand ils employaient l'expression *legis actio per manus iniectionem*. « Dans l'exposé de Gaius, *vindicem dare qui pro se causam agere solebat*, c'est évidemment le procédé normal ; celui qu'il rattache en première ligne à la *manus injectio*. Il ne met qu'en seconde ligne le *domum duci et vinciri*, et dans la *manus injectio pura* il n'en fait même aucune mention » ¹⁰. Dès lors, comment la *manus iniectionem* aurait-elle été érigée en une *legis actio* distincte, si le débat qui est précisément l'élément qui en fait un véritable *modus lege agendi*, avait eu la forme de l'une des autres actions ?

L'exposé de Gaius ¹¹ ne s'accorde guère non plus avec le système d'un emprunt de la *legis actio per manus iniectionem* à une autre *legis actio*. Gaius distingue les deux formes de la procédure avec ou sans *vindex* par cela seulement que suivant l'une, c'est le *vindex* qui repousse le *manum injiciens* et qui agit, et que suivant l'autre, c'est le *prensus* lui-même. On ne saurait donc admettre que dans un cas la procédure se transformât en une autre action de la loi, et que dans l'autre, elle restât une *legis actio per manus iniectionem*. Or, ce *lege agere* qui tantôt incombe au *cin lex*, tantôt est permis au *prensus* lui-même, comment aurait-il désigné dans la pensée de Gaius un autre *modus agendi* que celui auquel est consacré tout le passage, sans que rien en aver-

9. IHERING, *Esprit*, I, p. 456.

10. *Ibid.*

11. *Instit.*, IV, 24-25.

tît, et cela dans un livre consacré au premier enseignement du droit ? ¹²

Comment se continuait entre le *vindex* et l'*injiciens* la *legis actio per manus injectionem*? Nous ignorons les formes extérieures du débat. En ce qui concerne le fond même, nous avons déterminé la question litigieuse, et l'on peut conjecturer avec vraisemblance quel était le rôle de chacune des parties. Le *manum injiciens* affirme qu'une obligation est née à son profit et à la charge du *vindex* : il est demandeur, c'est à lui à prouver la créance dont il se prévaut. Le *vindex* n'est tenu qu'autant qu'il intervient à tort, c'est-à-dire que l'exécution qu'il a empêchée était légitime. Le *manum injiciens* doit donc établir l'illégitimité de l'intervention, ce qui revient à montrer la validité de la *manus*

12. Sic KARLOWA, *op. cit.*, pp. 185, 187. — GAUCKLER, *op. cit.*, p. 614. — C'est peut-être surtout en ce qui concerne la *m. inj. pura* que le texte de Gaius est inconciliable avec l'idée de la transformation de la *leg. act. p. m. inj.* Il vient de parler des lois qui ont établi la *m. inj. pura* et il ajoute (§ 24) : *ex quibus legibus cum agebatur, manum sibi depellere et pro se lege agere licebat*. N'y a-t-il pas lieu de croire que ce *lege agere* est toujours le *p. m. inj. agere*? Comment les mots *cum agebatur* et *agere licebat* qui se suivent dans la même ligne auraient-ils désigné deux procédures différentes. Or, si le *prensus* agissait par la *l. a. p. m. i.*, il en était de même du *vindex*. La question de la transformation de la *l. a. p. m. i.* a été posée surtout à propos de la *m. inj. pura*. KELLER, *Civil pr.*, § 49, note 250 (p. 101, édit. WACH), BETHMANN-HOLLWEG, *Röm. Civil proz.*, I, p. 163, n. 33, regardent cette transformation comme invraisemblable ou même comme impossible. V. aussi BEKKER, *Consumtio*, p. 169. — Cependant, d'après HUSCHKE, *Nexum*, p. 142 et suiv., la *m. i. pura* n'était distincte de la *l. a. sacr.*, et plus tard de la *condictio*, que par ce caractère procédural qu'elle était liée à une autre *poena temere litigantis*, notamment qu'elle croissait au double *adversus infitiantem*. D'après PUCHTA, *Inst.*, II, p. 96 et RUDORFF, *R. R.*, II, p. 86, par suite du *m. sibi depellere* la procédure se change tout simplement en une procédure *sacramento* ou *per judicis postulationem*. V. aussi HELMOLT, *Except.*, p. 14.

injectio. Cette preuve consiste à justifier les affirmations contenues dans la formule de la *manus injectio* : elles se rapportent à l'existence d'une cause légitime de *manus injectio*, à la quotité de la dette réclamée et au non-paiement ¹³. Les actes générateurs des obligations donnant lieu à *manus injectio* sont de notoriété publique : ils sont établis par la déposition de témoins ; l'existence du *nexum*, par exemple, est prouvée par le témoignage des cinq assistants dont la présence était requise pour la formation du contrat ; le *judicatum* a dû être officiellement constaté : il est facile d'en rapporter la preuve authentique. Il en est de même pour ce qui concerne le montant de la dette. Quant au non-paiement, on ne peut demander à l'*injiciens* que de l'affirmer.

Ces affirmations et ces preuves, le *vindex*, défendeur, a à les discuter. Il pourra opposer l'irrégularité de la *manus injectio* dans la forme, en montrant, par exemple, qu'elle a été opérée avant l'expiration du délai des *triginta dies justi* ; ou bien il invoquera et prouvera le paiement, ou encore il contestera le chiffre de la dette ; il pourra enfin nier, soit l'existence même, soit la validité ¹⁴ du jugement ou des autres causes de la saisie.

13. QUOD TU MIHI JUDICATUS (sive DAMNATUS ES) — SESTERTIUM X MILIA — QUANDO NON SOLVISTI, OB EAM REM... V. GAUCKLER, p. 612 et n. 2.

14. *Aeris confessi rebusque jure judicatis*, Tab. III, 1. Comp. D. L. 10, D. *qui pot.*, 20, 1 : *jure judicatum*. L. 4, § 6, *De re judic.*, 42, 1 : *rite condemnatus ut sententia valeat*.

Parmi les fondements sur lesquels un jugement peut être attaqué, les textes citent : la violence, *vis*, employée par un tiers contre le *judez*, pour influencer le jugement de celui-ci (CIC., *pro Flacco*, 21, 49) ; — la corruption du juge (DIOCLET., C. VII, 64, 7) ; — la fausseté des moyens de preuve sur lesquels est fondé le jugement (ALEX., C. VII, 58, 3... V. VOIGT, *XII Tab.*, II, § 153).

Était-ce au magistrat qu'appartenaient l'examen de la question litigieuse et la prononciation de la sentence, ou bien devait-il, après avoir organisé le procès, renvoyer les parties devant un juge ? En d'autres termes, retrouvons-nous ici la distinction ordinaire du *jus* et du *judicium* ? S'il y avait un *judicium* distinct, qui était juge et combien y avait-il de juges ? étaient-ils constitués pour chaque affaire ou institués d'une manière permanente ? En l'état des sources, il est impossible de donner à ces questions une réponse générale certaine ¹⁵.

On a supposé que le procès se déroulait tout entier devant le magistrat, qui statuait lui-même : d'une part, Gaius est muet sur l'existence d'un *judicium*, et d'autre part, si l'*addictio* ne pouvait être prononcée qu'après la sentence du juge, il y aurait une subordination du magistrat au juge difficile à admettre ¹⁶. Ces arguments ne me semblent pas décisifs. La séparation du *jus* et du *judicium* était le droit commun, et Gaius, qui ne fait que mentionner le débat entre le *manum injiciens* et le *vindex*, n'avait pas à la signaler d'une manière spéciale. Quant à l'*addictio* du magistrat, je ne crois pas qu'elle eût à intervenir contre le *vindex* qui succombe. La simplicité que présentait l'affaire dans le plus grand nombre des cas, serait plutôt de nature à faire croire que le magistrat pouvait, par exception, décider lui-même, *cognita causa*, dans la *legis actio per manus injectionem*. Cependant il vaut mieux supposer l'application du principe général de la division de l'instance en deux phases. Depuis la fondation de la République, le renvoi des affaires à des juges était obligatoire pour le ma-

15. V. KARLOWA, *op. cit.*, pp. 187, 188.

16. Sic, GAUCKLER, *op. cit.*, p. 615 et n. I.

gistrat¹⁷. Le procès entre le *manum injiciens* et le *vindex* dut donc comprendre un *judicium* distinct du *jus*.

L'existence de ce *judicium* distinct paraît indiquée par des textes, au moins pour certaines hypothèses. La loi Papiria, qui établit l'élection des *tresviri capitales* par le peuple, leur attribue le recouvrement (*exigunto*) des *sacramenta* déclarés échus, et le jugement (*judicanto*) des difficultés qu'il pourrait soulever¹⁸. Nous nous trouvons ici,

17. L'attribution systématique de l'examen de l'affaire et du jugement à un juge choisi, en principe, par les parties, est liée, d'après la tradition, au changement constitutionnel qui substitua à un chef unique nommé à vie deux magistrats annaux. Cic., *de rep.*, 5, 2, 3 : *nec vero quisquam privatus erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur judiciis regis*. D'après DENYS, 4, 25, 30, 10, 1, il faudrait faire remonter à Servius la séparation du *jus* et du *judicium*. Ce témoignage, loin de contredire le précédent, le confirme, car on a attribué à Servius beaucoup d'institutions républicaines. Ce sont les deux variantes d'une même tradition. V. P. F. GIRARD, *Manuel de dr. rom.*, p. 20. Que le renvoi de l'affaire à un juré soit lié à la réforme qui diminua les pouvoirs du magistrat suprême, c'est une très forte raison de penser qu'il est obligatoire depuis cette réforme.

18. Le texte de la loi Papiria nous a été conservé par Festus, *vo sacramentum* : « *Quicumque praetor post hac factus erit, qui inter cives jus dicet, tres viros capitales populum rogato, hique tres viri capitales, quicumque post hac facti erunt, sacramenta exigunto judicantoque, eodemque jure sunt, uti ex legibus pleberique scitis exigere, judicare, esseque oportet* ».

La date de la L. Papiria est certainement postérieure à l'année 512 U. C., date de la création du préteur pérégrin, car les mots *praetor qui inter cives jus dicet* désignent le préteur urbain, par opposition au préteur pérégrin. — D'autre part elle est antérieure à la L. *Acilia repetundarum* de l'an 632 U. C., qui prouve, en classant les triumvirs parmi les magistrats, qu'ils sont déjà nommés par le peuple : or cette élection se fit pour la première fois en vertu de la L. Papiria. La date en est donc sans aucun doute comprise entre 512 et 632. V. M. GIRARD, *Textes*, p. 29 et suiv. Il est de plus vraisemblable qu'elle est antérieure à la L. *Æbutia* qu'il faut placer comme l'a démontré M. GIRARD (*Zeitschr. der. Savigny Stift. für Rechtsgesch.*, XIV, pp. 12 et suiv.) entre les années 605 et 628. V. POLITIS, *Tres viri capitales* (Thèse; Paris, 1894, pp. 98 et suiv.).

semble-t-il, en présence d'un cas où les triumvirs étaient investis du *judicium* dans une *legis actio per manus injectionem*. Quelles étaient, en effet, ces difficultés qui pouvaient s'élever à propos de la perception du *sacramentum*? Les romanistes sont, à la vérité, extrêmement divisés sur ce point; mais, vraisemblablement, il faut supposer avec Huschke¹⁹ que le plaideur qui a succombé dans l'*actio sacramenti*, ou les *praedes sacramenti* qu'il a dû fournir, refusent de payer le *sacramentum* à l'État, en contestant l'existence ou la validité du jugement. Il y a lieu alors à une instance d'exécution, *manus injectio judicati*, dans laquelle, aux termes de la loi, les *tresviri* sont juges. D'après cela, cette *manus injectio* présente cette particularité très remarquable que les *tresviri* y jouent à la fois le rôle de demandeur et celui de juges.

Sans parler d'autres explications nombreuses et plus ou moins vraisemblables de la compétence judiciaire que la loi Papiria attribuait aux triumvirs par les mots *sacramento judicante*²⁰, rappelons que suivant Ihering²¹ la difficulté sur laquelle les *tresviri* étaient appelés à statuer, aurait consisté dans l'évaluation de l'importance du litige, et par conséquent dans la fixation du *sacramentum* dû, lorsque l'intérêt en jeu dans le procès était voisin de 1.000 as. On sait en effet que, suivant que l'objet du débat était d'une valeur inférieure ou supérieure à cette somme, le *sacramentum* que le perdant devait payer était de 50 ou de 500 as, et on comprend qu'entre le plaideur, intéressé à verser le *sacramentum* le moins élevé, et les triumvirs, qui repré-

19. *Multa*, p. 478.

20. *Politis*, *op. cit.*, pp. 107 et suiv.

21. *Scherz und Ernst in der Jurispr.*, p. 246 et suiv.

sentait l'intérêt contraire de l'État, un désaccord ait pu naître. Cette dernière opinion est d'ailleurs conciliable avec celle de Huschke. La difficulté a pu porter, tantôt sur l'existence ou la validité du jugement et par conséquent de l'obligation de payer le *sacramentum*, tantôt sur le montant de cette dette, et, dans ce dernier cas, elle pouvait aussi être tranchée au moyen d'une *manus injectio iudicati*, dans laquelle les triumvirs auraient été demandeurs et juges²².

D'après un curieux passage de Plaute, les *tres viri capitales* sont aussi juges dans certaines affaires qui revêtent la forme de la *manus injectio*²³. Ce sont des actions populaires, destinées à réprimer des délits préjudiciables à la société, et par lesquelles tout citoyen peut exiger du coupable le quadruple de la somme à laquelle est évalué le dommage causé. L'exercice de ces actions était devenu du temps de Plaute, pour toute une catégorie de gens avides

22. Ce double rôle a pu paraître choquant. Mais quelque idée que l'on se fasse du débat dans lequel les *tres viri* avaient à statuer, le sens technique précis du mot *iudicatio* indique que c'était en qualité de juges chargés seulement du *iudicium*. Comme, d'autre part, c'était à eux d'exiger le versement du *sacramentum* (*exigunt*), ils étaient aussi demandeurs.

23. PLAUTE, *Persa*, 2, 10.

*Neque quadruplari me volo : neque enim decet
Sine meo periculo ire aliena ereptum bona ;
Neque illi, qui faciunt, mihi placent ; plane loquor ;
Nam publicae rei causa quicumque id facit,
Magis quam sui questi, animus induci potest
Eum esse civem et fidelem et bonum.
Sed legirupam qui damnet, det in publicum
Dimidium : atque etiam mea lege adscribitor :
Ubi quadruplator quempiam injiciat manum,
Tantidem ille illi rursus injiciat manum,
Ut aequa parte prodeant ad tres viros ;
Si id fiat, ne isti faxim usquam adpareant
Qui heic albo rete aliena obpugnant bona.*

du bien d'autrui, une véritable industrie, que le parasite Saturion affecte de mépriser parce qu'elle est sans périls. Aussi imagine-t-il un projet de loi d'après lequel celui qui agit par ces actions au quadruple, le *quadruplator*, serait obligé, en cas de succès, d'abandonner la moitié de son gain à l'Etat, et pourrait être soumis lui-même à la *manus injectio* opérée reconventionnellement par son adversaire, (*in jure*), de façon qu'il pût être aussi condamné quand les deux parties se seront rendues devant les triumvirs, (*in judicio*). Malheureusement, relativement au sujet qui nous occupe, le débat entre le *vindex* et le *manum injiciens*, on ne peut guère tirer des renseignements fournis par ce texte des conséquences très sûres. La nature même de la *manus injectio* dont il est question est discutée : M. Demelius ²⁴ y voit le mode d'introduction, remplaçant l'*in jus vocatio*, d'une action criminelle : il tire argument en ce sens des mots *rei publicae causa et prodeant ad tres viros*. Suivant M. Mommsen ²⁵ au contraire, nous avons affaire à une action à forme civile, une action criminelle étant exclue en la forme par l'emploi de la *manus injectio*, et en réalité même par l'apparition d'un demandeur. En supposant, ce qui semble préférable, qu'il s'agit ici, conformément à la dernière opinion, d'une *legis actio per manus injectionem*, analogue à celle que décrit Gaius (IV, 21-25), on peut se demander si elle nécessitait l'intervention d'un *vindex* : cette intervention ne se concilierait guère avec la possibilité, surtout avec la nécessité de deux *manus injectiones* successives, avec interversion des rôles du *manum injiciens* et du saisi, telles que les montrent les vers :

24. *Zeitschrift. f. Rechtsgesc.*, I (1861), p. 363.

25. *Dr. public*, trad. P. F. GIRARD, IV, p. 308 et n. 1.

*Ubi quadruplator quempiam injiciat manum,
Tantidem ille illi rursus injiciat manum,*

à moins que l'on ne suppose que la loi souhaitée par le personnage comique aurait, entre autres changements, transformé la procédure en une *manus injectio pura*. Peut-être aussi la Loi Vallia, qu'il faut placer dans la dernière moitié du VI^e siècle, était-elle déjà intervenue, et était-il nécessaire, avant elle, qu'un *vindex* prît la défense du saisi²⁶.

Si dans quelques cas particuliers de *legis actio per manus injectionem*, le *judicium* a pu être attribué aux *tres viri capitales*, on ne saurait, en généralisant, les considérer comme en étant investis dans toutes les *manus injectiones*. Aucun texte ne permet de penser qu'ils aient eu cette compétence que les historiens du droit n'ont d'ailleurs jamais songé à leur attribuer. On peut remarquer en outre que les cas de *manus injectio* où les triumvirs étaient chargés de juger, avaient un rapport étroit avec leurs attributions spéciales : leur compétence, comme juges, devait donc être bornée à ces cas particuliers. Les *III viri capitales* sont des magistrats mineurs, auxiliaires des magistrats supérieurs, particulièrement du préteur, et munis d'attributions administratives et judiciaires, en matière civile et en matière cri-

26. Il convient cependant de remarquer que dans cette *m. inj.* d'un caractère particulier la condamnation ne semble pas avoir crû au double, en cas de dénégation ; car, d'une part, les termes *quadruplari, quadruplator* montrent que ce que le demandeur obtenait c'était le quadruple, et, d'autre part, l'expression *te manum injiciam quadrupli* que nous trouvons également dans PLAUTE, *Truculentus*, 4, 2, 29,

(*Post id ego te manum injiciam quadrupli, venefica,*

Subpostris puerum, ego, edepol, jam tua probra aperibo omnia), et qui faisait allusion sans doute aux mêmes actions, prouve que c'était ce même quadruple qui était dès le début de l'action l'objet de la demande.

minelle. Chargés de la perception des *sacramenta*, il est naturel que les triumvirs aient eu des pouvoirs judiciaires dans les contestations qu'elle faisait naître. De même, le rôle de juges leur convenait mieux qu'à personne dans les actions populaires *in quadruplum* ayant pour but de punir certains délits, tels sans doute que les délits d'avortement ou de supposition de part. Ils étaient en effet, avec les édiles, les chefs de la police à Rome, et, comme tels, en possession de tous les moyens d'informations. Ils étaient les gardiens de l'ordre public et des bonnes mœurs, chargés de la surveillance de la ville pendant la nuit, d'où leur épithète de *nocturni*, du service des incendies et de l'administration pénitentiaire : à ce dernier titre, ils présidaient aux exécutions, d'où leur nom de *III viri capitales* ; pour beaucoup de crimes et de délits, ils dirigeaient une véritable instruction préparatoire qui aboutissait à l'emprisonnement ou à la mise en liberté des prévenus. Le jugement des actions populaires au quadruple se rattache aisément à ces attributions. Il a dû appartenir aux triumvirs, suivant M. Mommsen, dès l'apparition du système de la quadruplication, et leur être maintenu jusqu'au moment de l'introduction du nouveau système de procédure pénale, celui des *quaestiones perpetuae*, au VII^e siècle de Rome²⁷.

En dehors des cas exceptionnels de *legis actio per manus injectionem* où les triumvirs capitaux étaient les juges compétents, les parties, le *manum injiciens* et le *vindex*, étaient sans doute renvoyés par le magistrat devant l'*unus judex*, c'est-à-dire devant le juge qu'elles avaient choisi sur la liste des sénateurs²⁸.

27. Sur les *tres viri capitales*, V. MOMMSEN, *Dr. publico*, trad. P. F. GIRARD, IV, pp. 302 et s., et POLITIS, *op. cit.*

28. L'*unus judex*, choisi par les parties, semble avoir été, en effet, le

§ 2. — La condamnation.

Quel que fût le juge auquel il était soumis, le procès entre le *manum injiciens* et le *vindex* devait aboutir à une sentence de condamnation ou d'absolution du *vindex*.

Si l'irrégularité de la *manus injectio* et la légitimité de l'intervention du *vindex* étaient établies, le *vindex* était absous. Il eût été équitable, dans ce cas, que le *manum injiciens* qui a recouru sans droit à la force privée, encourût une peine. Il n'en était pas ainsi cependant, au moins d'une manière générale : aucun texte ne mentionne cette peine ; bien plus, un passage de Plaute, déjà cité, nous montre un cas de *manus injectio* où le demandeur, le *quadruptator*, agit *sine periculo*¹. S'il était établi au contraire

juge de droit commun. Durant tout le règne exclusif des actions de la loi, il est toujours pris dans l'*ordo senatorius* : ce n'est que postérieurement à la loi Aebutia, au temps des Gracques, que les chevaliers sont admis aux fonctions judiciaires.

1. PLAUTE, *Persa*, 2, 10 et s. v. § 1, n. 23. V. MOMMSEN, *Ephem. epigr.*, vol. III (1877), p. 140 : *vindici eive quem vindicavit, adsertione justa judicata, dupli actionem in adversarium datam esse nec traditum est nec veri simile*. Je ne crois pas que dans la *lex Coloniae Juliae Genetivae* (Ch. LXI) la périphrase *si quis in eo vim faciet, ast ejus vincitur* désigne le *manum injiciens* dont la prétention a été condamnée ; elle désigne beaucoup plus vraisemblablement celui qui essaie de délivrer par violence le débiteur *vinctus*, car elle s'applique à lui plus exactement, plus naturellement et d'une manière beaucoup plus conforme au style de la loi, qui se sert des termes techniques les plus simples (Comp. par ex. le *ni vindicem dabit* au *NI QUIS ENDO EM JURE VINDICIT* des XII Tables). Dans les textes, d'ailleurs, l'exercice juste ou injuste de la *manus injectio* est toujours désigné par les termes techniques *manum injicere*, *manus injectionem esse*. — Comp. MOMMSEN, *loc. cit.* — Cependant, suivant RE, *Archiv. jurid.*, t. XIX (1877), p. 303, la personne soumise à tort à la *m. inj.*, peut intenter une action de *vi privata* contre le *manum injiciens*.

que le *vindex* avait injustement interrompu la *manus injectio*, une *damnatio* était prononcée contre lui.

Quel en était le montant, ou, en d'autres termes, quelle somme le *vindex* devait-il payer pour éviter l'*addictio* et l'emprisonnement chez le créancier? Nous avons déjà rencontré cette question, intimement liée à celle de l'effet libératoire pour le *prensus* de la *manus depulsio*. Le *vindex* était condamné à payer le double de la dette originaire. Il reste en effet seul tenu vis-à-vis du créancier; or, celui-ci a maintenant le droit d'exiger le double de ce qui lui était dû d'abord. Cela résulte, nous l'avons vu, de ce que sous la période formulaire, dans les actions que l'on faisait valoir antérieurement *per manus injectionem*, la condamnation croît au double en cas d'*infinitio*². Ce n'est certainement pas là une innovation; la peine qu'entraîne, à l'époque classique, la résistance du débiteur ne peut avoir pour origine que celle qui frappait sous le système précédent le *vindex* qui succombe³. L'intervention injuste de celui-ci

2. GAIUS, IV, 9 et 171. — PAUL, *Sent.*, I, 19, § 1. — CIC., *pro Flacco*, 21.

3. HUSCHKE, *Nexum*, p. 96. — *Multa*, p. 399 et n. 129. — BETHMANN-HOLLWEG, *cit.*, t. I, pp. 156 et 197 et n. 17. — IHERING, *De la faute*, p. 16. BEKKER, *Aktionen*, I, p. 40 et n. 35. KARLOWA, *cit.*, p. 188. — GAUCKLER, *op. cit.*, p. 615.

On a nié cependant qu'il y ait un lien nécessaire entre la *man. inj.* et la *duplicatio* de la condamnation dans certaines actions à l'époque classique, et que l'intervention injustifiée du *vindex* ait toujours pour conséquence la *pæna dupli.* D'après UNGER, *op. cit.*, pp. 203, 204, le *vindex* qui succombe ne perd que le *sacramentum*. V. plus haut, p. 62. De même, d'après HUGO KRUEGER, *cit.*, pp. 207, 208, ce n'est qu'au cas où il ne peut restituer au créancier le débiteur, qu'il est en outre condamné au double. V. plus haut, p. 75. Suivant RUDORFF, *Litiscrescenz* (*Zeitschr. f. gesch. R. W.*, XIV, p. 307). — *Röm. Rechtsges.*, II, p. 86, la *duplicatio* n'existe plus dans la *m. inj. pro judicato*. Cependant l'explication qu'il en avait donnée pour le cas de *m. inj. judicati*, où il l'admet, s'applique aussi bien aux autres cas d'application de la *l. a. p. m. i.* Le défendeur qui contestait l'existence du jugement, et par là forçait celui qui avait

était, d'après l'esprit du droit ancien, un véritable délit : il était naturel qu'elle eût une sanction pénale.

La preuve directe de la condamnation du *vindex* au double est fournie, aux yeux de romanistes éminents, par un passage de la *lex Coloniae Juliae Genetivae*, loi d'organisation d'une colonie envoyée par J. César en Espagne, dont des fragments importants, gravés sur des tables de bronze, ont été exhumés à Ozuna⁴. Le chapitre LXI de la loi, qui nous est malheureusement parvenu incomplet, trace les règles de la *manus injectio judicati*, reproduisant avec adoucissements du fond, qui d'ailleurs ne sont pas relatifs au rôle du *vindex*, et dans une forme plus moderne, les dispositions de la loi des XII Tables⁵.

Le *vindex*, dans ce texte, est désigné expressément et nommé comme empêchant par son intervention la *domum ductio* et la mise aux fers du *judicatus*. Ce serait encore lui, suivant M. Mommsen, dont l'opinion a été adoptée par M. Voigt, M. Maschke et M. P. F. Girard⁶, qui

trionphé à obtenir un second jugement, devait à cause de cela, payer au double la *summa judicati*. Mais, dans les autres cas de *m. inj.* aussi, la dette est née d'une *damnatio* solennelle. Elle a, si l'on peut employer ces expressions, un caractère authentique et elle est immédiatement exécutoire. Forcer le créancier à faire constater judiciairement un pareil droit, c'est donc encore un acte vexatoire dont la condamnation au double constitue la peine et la réparation. V. KARLOWA, *op. cit.*, pp. 188, 189.

4. V. P. F. GIRARD, *Textes*, pp. 83 et s.

5. *Cui quis ita manum injicere jussus erit, judicati jure manus injectio esto itque ei sine fraude sua facere liceto. Vindex arbitrato IIviri quive jure dicundo praerit locuples esto. Ni vindicem dabit judicarum ve faciet, secum ducito. Jure civili vinctum habeto. Si quis in eo vim faciet, ast ejus vincitur, dupli damnas esto colonis que ejus coloniae HS cc I ss dare damnas esto, ejus que pecuniae cui volet petitio, IIviro qui ve jure dicundo praerit exactio judicatio que esto.*

6. MOMMSEN, *Ephemeris epigraphica*, V, III (1877). *Legis col. J. G. frag. nova*, pp. 109 et 110. — VOIGT, *XII Tafeln*, I, p. 577, n. 17. — MASCHKE, *Freilseitsprocess*, p. 155. — P. F. GIRARD, *Textes*, p. 84.

serait désigné par la périphrase *si quis in eo vim faciet*, et qui serait frappé par la loi, pour le cas où son intervention a été jugée illégitime, de la condamnation au double de la créance originaire et, exceptionnellement, sans doute, dans l'espèce particulière visée par la loi, d'une amende de 20.000 sesterces. Les mots de la *lex Coloniae* : *qui in eo vim faciet* correspondraient aux mots de la loi des XII Tables : QUI ENDO EO VIM DICIT ; seulement ceux-ci désigneraient le *vindex* en général, qu'il ait eu raison ou tort d'intervenir, et ceux-là, spécialement le *vindex injustus*, c'est-à-dire le *vindex* qui est intervenu à tort ⁷.

Il me semble impossible ainsi qu'à M. Exner et à M. Re ⁸, d'admettre cette interprétation.

« Tout d'abord, remarque M. Exner, dans une étude très approfondie « sur le passage relatif à la *manus injectio* dans la *lex Coloniae Juliae Genetivae* ⁹ », il est étonnant que le *vindex*, de qui il était deux fois question dans les lignes qui précèdent immédiatement, ait été désigné dans la dernière phrase du passage, non par son nom technique, mais par une périphrase antique, imitée ou tirée des XII Tables : si ce *si quis* est le *vindex*, pourquoi n'aurait-il pas été nommé ainsi ici encore, et comment une loi viserait-elle par les mots « si quelqu'un » une personne qui est toute désignée et dont il vient à l'instant d'être une première fois parlé ¹⁰ ? »

7. MOMMSEN, *loc. cit.* : *Vim autem fecit opinor vindex is, qui iudicatum adseruit in libertatem, si sacramentum ejus injustum iudicatum est ; videntur que verba legis hispanae qui in eo vim facit respondere quodammodo verbis, quae tradita habemus ex lege duodecim Tabularum QUI ENDO EO VIM DICIT, ut hic sit vindex qualiscumque, ille vindex injustus.*

8. RE, *Le nuove Tavole di Osuna* (*Archiv. giurid.*, t. XIX, 1877), p. 298.

9. Dans la *Zeitschr. für Rechtsgesch.*, XIII (1878), p. 392 et suiv.

10. *Ibid.*, p. 394.

De deux choses l'une : ou bien la phrase de la *lex Coloniae* est un emprunt du texte de la loi des XII Tables ou d'une autre loi ancienne, ou bien les termes *si quis in eo vim faciet ast ejus vincitur* sont de la rédaction du législateur nouveau. Dans un cas comme dans l'autre, il est impossible qu'il y soit question du *vindex*.

La forme *ast ejus vincitur*, et surtout l'emploi, dont il ne nous reste pas d'autre exemple, du mot *ast*, que l'on sait par le grammairien latin Charisius être un des mots de la vieille langue latine usité pour *atque*, *ac*, *ergo*, *sed*, *tamen*, *tunc* ou *cum*, ont fait conjecturer que la phrase de la loi nouvelle était en partie extraite de la loi des XII Tables⁴¹, et la commune origine semble donner plus d'importance à l'analogie de forme du *SI QUIS ENDO EM VINDICIT* et du *si quis in eo vim faciet*. Mais, si l'on accepte l'étymologie que j'ai admise du mot *vindex* et le sens que j'ai assigné au *SI QUIS ENDO EM VINDICIT* des XII Tables, il n'y a aucun rapprochement à faire entre cette périphrase de la vieille loi et les termes de la *lex Coloniae*. *Vim* dans *vindex*, comme dans *SI QUIS ENDO EM VIM DICIT* (ou *VINDICIT*), c'est la violence réelle commise par le *manum injiciens*, que le *vindex* dénonce et à laquelle il s'oppose. *Si qui in eo vim faciet* désignait le *vindex*, *vim* y signifierait la violence symbolique que montre le *vindex*. Quel rapport, dès lors, entre les deux termes, puisque ce qu'ils ont de commun, le mot *vim*, aurait dans l'un et dans l'autre des sens tout différents⁴²? Quand on admettrait même que *vim* dans *vindex*

41. V. CH. GIRAUD, *Nouveaux Bronzes d'Ozuna* (*Journal des Savants*, déc. 1876, p. 758 et suiv.), et MOMMSEN, *l. cit.*, p. 109.

42. Remarquons que dans les formes *QUI ENDO EO VIM DICIT* des XII Tables et *qui in eo vim facit* de la *lex Coloniae*, dont M. MOMMSEN relève, *loco citato*, l'apparente analogie, *ENDO EO* et *n eo* n'ont pas le même sens,

ou dans *SI QUIS IN EO VIM DICIT* désigne, non la violence réelle du saisissant, mais la violence symbolique que montre le *vindex*⁴³, on ne saurait cependant reconnaître dans le *qui in eo vim faciet* le *vindex injustus*, « car si la *vis* de laquelle le *vindex* tire son nom est un acte de procédure purement formel⁴³, le *ENDO EO IN JURE VIM DICERE* des XII Tables contient la description de la démonstration de violence symbolique par laquelle le garant intervenait dans le procès ; de violence, au sens réel, au sens de tort, il n'est point question ; le sens est, à ce point de vue, entièrement indifférent : ce n'est seulement que le cours du procès qui révélera si ce garant *juste* ou *injuste vim dixit*. Si donc *vim dicere* ne signifie que le *defendere reum* formaliste, comment le terme de notre passage, *vim facere*, pourrait-il arriver à exprimer, d'une part, comme *vim dicere*, la formalité procédurale de l'intervention *in jure* (car, dans la manière de voir de Mommsen, on doit devant *faciet* sous-entendre *in jure*), et, d'autre part, aussi, l'illégalité réelle de l'intervention ? Si la *vis* de notre passage est identique à la *vis* des mots cités des XII Tables, elle est un acte formel indifférent, et celui qui l'accomplit, *qui vim faciet*, ne fait rien d'injuste en soi et n'enconrt aucune peine. Mais si notre *vis* est en soi contraire au droit, comme il est manifeste ici, c'est qu'elle n'est point l'acte formaliste du *vin-*

si l'on s'en rapporte à M. MOMMSEN lui-même, dans sa note sous les *Fontes* de BRUNS, p. 49. Il y enseigne en effet que dans le texte des XII Tables *SI QUIS ENDO EO VINDICIT*, *EO* ne désigne pas le débiteur, objet de la revendication, (car il faudrait simplement le pronom à l'accusatif sans préposition), mais se rapporte à ce qui précède : *IN JUS DUCITO*, et que *ENDO EO* signifie donc : *in jure*. Au contraire, dans le *si quis in eo vim faciet* de la *lex Col, J. C.*, *eo* désigne évidemment le débiteur *vincetus*. Que devient l'analogie des deux expressions ?

43. Comme l'admet d'ailleurs Exner.

*dex*¹⁴ ». Voudrait-on dire que l'acte formel du *vindex* paraît être en même temps contraire au droit parce qu'après coup il est condamné par le jugement, et que cela se trouve exprimé par *ast ejus vincitur* ? Mais alors, *si quis in eo vim faciet* désignerait l'intervention procédurale du *vindex*, en général, juste ou injuste, et ces mots auraient identiquement le même sens que *si quis in eo vim dicit* : pourquoi aurait-on altéré sans motifs les termes que l'on copiait ? Il faut donc qu'à eux seuls les mots *si quis in eo vim faciet* contiennent la notion d'intervention injuste, et qu'elle soit impliquée précisément par *facere*, employé par opposition à *dicere*. Mais comment le verbe *facere* fournirait-il au mot *vis* le ferment d'illégalité qui manquait à celui-ci ? De plus, les mots *ast ejus vincitur* constitueraient une répétition inutile, une véritable tautologie. « Si conformément à l'interprétation que nous combattons de *vim facere*, cette expression impliquait, d'une manière abstraite, spécialement la perte du procès par le *vindex*, on ne pourrait dire de quelqu'un que *in eo vim fecit*, que quand il a déjà succombé dans le débat. Mais, même en présence de la prolixité des lois modernes, nous serions choqués d'un passage tel que celui-ci : celui qui agit à tort, paie les frais de justice, au cas où il succombe dans le procès¹⁵ ».

Supposons maintenant que la rédaction de notre phrase appartienne, comme celle des autres qui précèdent, au législateur nouveau, qui aurait simplement fait usage du mot ancien *ast*, resté usité dans les textes législatifs. Cette hypothèse, plus vraisemblable que celle de l'emploi fait tout à coup et sans changements, dans une loi écrite en style

14. EXNER, *op. cit.*, pp. 394 et 395.

15. *Ibid.*, p. 395.

plus moderne¹⁶, d'un lambeau d'une loi ancienne, est corroborée par une remarque philologique de M. Wlassak. « La suppression du sujet est propre au style des XII Tables. Il en est ainsi dans la Table III, 1-4, et dans le ch. LXI de la *lex Ursonia*, tant qu'il est copié sur la loi décemvirale, notamment dans les phrases : *Ni vindicem dabit, judicatum ve faciet, secum ducito. Jure civili vinctum habeto*. Au contraire, la phrase suivante commence par *Si quis...* parce qu'elle n'est plus empruntée au droit des XII Tables »¹⁷.

S'il en est ainsi, il devient hautement invraisemblable que le rédacteur de la *Lex Coloniae J. G.* ait imaginé, pour l'appliquer au *vindex*, une périphrase qui ne lui convenait point. Pris dans leur sens naturel, et tels qu'ils devaient être compris des contemporains de la loi, les mots *si quis in eo vim faciet ast ejus vincitur* ne pouvaient désigner le *vindex*. Celui-ci ne commet, en effet, aucune violence en faisant opposition à la *manus injectio*, même à tort ; il ne fait qu'user, à ses risques et périls sans doute, d'un droit expressément reconnu par la loi aux citoyens. Et, de même que l'intervention du *vindex*, malgré ses formes qui ne préoccupent plus guère le législateur à la veille de l'entière disparition du vieux système formaliste des actions de la loi, n'était plus une violence véritable depuis l'époque primitive oubliée depuis longtemps, on ne pouvait reconnaître le gain du procès par le *manum injiciens* contre le *vindex* dans la lutte victorieuse, mais brutale, dont l'idée est éveillée par les mots *ast vis ejus vincitur*. Comment comprendre,

16. Comparez par exemple les expressions *NI QUIS ENDO EM VINDICIT*, et *ni vindicem dabit*.

17. WLASSAK, *Römische Processgesetze*, I, p. 192, note 36. M. Wlassak semble adopter relativement au sens du *si quis in eo vim faciet* de la *lex Col.*, l'opinion de M. Exner.

enfin, que le rédacteur de la loi ait réservé cette périphrase au moins ambiguë précisément pour la disposition qui édictait contre le *vindex*, jusqu'alors désigné par son nom, une sanction pénale rigoureuse ?

Cette sanction pénale ne semble pas s'accorder non plus avec l'explication que l'on donne. Que le *vim faciens*, s'il est le *vindex injustus*, ait à payer le double de la créance au recouvrement de laquelle il a eu le tort de s'opposer, cela sans doute est dans l'ordre. Mais la peine qui le frappe en outre, l'amende de 20.000 sesterces, à poursuivre par une action populaire, au profit de la caisse de la cité, ne présente que des difficultés.

Il faut remarquer d'abord que ce cumul de la condamnation au double et de la condamnation à l'amende fixe ne concorde en aucune manière avec le principe de la condamnation du *vindex injustus* au double, qu'admet d'ailleurs comme certain M. Mommsen. Suivant lui, à la vérité, la *lex Coloniae J. G.* n'aurait statué dans le chapitre LXI qu'en vue d'un cas particulier, celui où le *manum injiciens* agit sur l'ordre du décevvir contre un débiteur *judicatus* de la colonie, et ce ne serait que dans ce cas qu'à la peine du double aurait été jointe l'amende de 20.000 sesterces⁴⁸. Mais il n'est pas du tout démontré que notre texte, au lieu de traiter de la *manus injectio judicati* en général, ait eu seulement en vue le cas particulier que M. Mommsen imagine, sur le simple fondement, semble-t-il, du mot *jussus* de la première phrase de notre passage, et en sup-

48. *Legis Col. J. G. frag. nova* (*Ephem. Epigr.*), III, p. 110 : ... *constat autem de dupli actione in vindicem falsum, unde postea enata est actio in duplum judicati...* Ab ea forma *lex recentior*, ut modo diximus, ita recedit, ut, praeter *duplam antiquam*, *injusto adsertori in causa coloniae poenam injungat sestercium milium XX.*

pléant au défaut du commencement du chapitre, malheureusement perdu ¹⁹. Depuis la loi Poetelia, il n'y a plus de créances immédiatement et directement exécutoires par la force privée : avant d'exercer la *manus injectio*, il fallait en obtenir l'autorisation du magistrat, saisi par une *in jus vocatio*. Ainsi pourrait s'expliquer la phrase : *Cui quis ita manum injicere jussus erit, judicati jure manus injectio esto it que ei sine fraude sua facere liceto*. Le commencement du chapitre aurait rappelé la nécessité de s'adresser d'abord à la justice et d'obtenir un jugement. Cette explication, qui était celle fournie par M. Giraud ²⁰, semble très naturelle, et l'on peut même penser que c'est pour pouvoir concilier avec son opinion relativement à la condamnation du *vindex* au double, en général, l'hypothèse qu'il formait sur la signification du *si quis in eo vim faciet*, que M. Mommsen a été amené à supposer que la loi traitait dans le chapitre LXI d'une espèce particulière et exceptionnelle.

Quoi qu'il en soit, soit que notre texte eût une portée générale, soit même qu'elle ne réglât qu'un cas particulier, l'amende qu'il prononce ne peut guère s'expliquer, s'il faut l'appliquer au *vindex injustus*. « En elle tout étonne : l'importance, la fixité, le mode de recouvrement et

19. Ibid., p. 109 : ... *sed vel sic utilia sunt quae inde intelliguntur. Quae precesserint necesse est de actione adversus reum aliquem populi nomine instituta factaque condemnatione, desiderantur ; incipit lex a verbis iis quae pertinent ad manus injectionem ob judicatum, quam enarrat GAIUS, IV, 22. At manum hic injicit non is qui egit ipse, sed alius ab eo qui egit jussus ; quo videtur significari in priore judicio populi nomine egisse duumvirum, quem alibi quoque videmus in ejus modi causis praetoris petitoris que partibus simul fungi, manus autem injectionem non tam per eum quam apud eum fieri.*

20. Op. cit., p. 757.

la destination du montant de la peine. Quel but pouvait avoir la menace contre le *vindex* d'une procédure pénale si exorbitante et si entièrement indépendante de l'importance de la créance poursuivie? Raisonnablement, on ne pouvait en attendre aucune autre conséquence que de détourner radicalement de prendre le rôle de *vindex*. Cependant, il faut remarquer que le *vindex* se constituant volontairement est un organe essentiel dans le mécanisme de la *legis actio per manus injectionem*, comme une soupape de sûreté contre la tension excessive de cette procédure rigoureuse, et que la surcharge de la soupape équivaut à sa suppression. On devait penser que la *pœna dupli* est une suffisante garantie contre les gens qui s'immiscent à la légère; l'amende dont il a été question plus haut, qui menace tout *vindex*, même celui qui lutte *bona fide*, aurait, au moins à l'égard des débiteurs de l'Etat, étouffé en pratique l'institution du *vindex*, et aurait transformé par là la *legis actio per manus injectionem*, d'une action en exécution, ce qu'elle est d'après sa conception, en une simple exécution.

« Puis, ces 20.000 H.S, le *vim faciens* les doit à la colonie, et chacun peut les réclamer par voie d'action. Cela paraît juste au premier abord, s'il s'agit, comme le conjecture M. Mommsen²¹, d'une action intentée par ordre de l'autorité pour le compte de la cité : « *recte colonis actio datur, cum per manus injectionem justam injuste elusam reum condemnatum sibi perdiderint.* » Mais, même en admettant cette hypothèse, si d'après la façon dont se présente le cas, le double peut aussi revenir après coup aux colons, ce n'est pas à eux néanmoins, mais au demandeur, qu'il est dû

21. Et comme M. Exner l'admet aussi.

par le *vim faciens*, et pour ce double, effectivement, il n'y a pas d'action populaire²². D'où vient cette différence ? Si l'amende fixe n'est rien autre qu'un supplément à la *poena temere litigantis*, on devait s'attendre à ce qu'elle fût adjugée au demandeur ; si derrière la personne de celui-ci, il y a en réalité la cité, quelle occasion a-t-elle de se présenter ici brusquement ? pourquoi précisément cet élément de la prétention de la cité serait-il aussi nettement séparé, et pourquoi sa poursuite serait-elle confiée à d'autres mains ?

« Cela fait penser qu'il pourrait y avoir dans ce *vim facere* qui est puni doublement et par les mains de sujets différents, un double tort : d'abord à l'égard du demandeur dont la poursuite a été arrêtée par autorité privée, puis à l'égard de la cité dont l'ordre a été troublé par cette même autorité privée. On comprendrait alors que le débiteur fût tenu, d'une part, à dédommager le créancier, dont il voulait rendre le droit vain, proportionnellement à l'étendue de ce droit, (par le double), et, d'autre part, à payer, par une amende élevée et fixe, son tribut à l'ordre public qu'il a lésé par une voie de fait, en tant que délit, toujours dans une égale mesure, que la somme au sujet de laquelle il l'a commise ait été élevée ou faible. Mais alors la *vis* exercée ne pouvait sûrement avoir consisté en ce qu'il a pris sur soi (en toute régularité et peut-être *bona fide*) la *defensio* d'une personne actionnée, et a ensuite perdu le procès.

« Qu'en est-il en réalité, de la *vis* de notre texte ? Cela de-

22. La position des mots *colonisque ejus coloniae* entre le premier et le second *dare damnos esto* indique qu'ici le destinataire du *dare* change, et que *ejus pecuniae* ne se rapporte certainement qu'aux 20.000 H. S. et non pas aussi au *duplum* (note de M. Exner).

vient très clair, semble-t-il, dès que l'on se résout à ne pas isoler les mots de la loi dont nous nous occupons, du passage qui précède immédiatement, à les expliquer d'après le sens ordinaire des mots, et à écarter ici complètement le souvenir du *vim dicere* des XII Tables. Nous avons donc :
 *secum ducito. Jure civili vinctum habeto. Si quis in eo (i. e. in vincto) vim faciet, rel.*, c'est-à-dire : il doit l'em-mener ; il doit le tenir en servitude pour dettes d'après le *jus civile* ; si quelqu'un accomplit sur lui un acte de violence — (c'est-à-dire si par une *vis* commise sur la personne de celui qui est en servitude pour dettes²³, quelqu'un arrache au créancier, contrairement au droit, l'objet de son exécution), — il doit, s'il en est convaincu, donner en réparation au créancier le double de la somme due et, en outre, payer à la cité une amende de 20.000 H. S... Tout le règlement à partir de *si quis* se présente comme la sanction de la disposition : *Jure civili vinctum habeto*²⁴. »

Nous savons par Gaius que la soustraction illégitime du *judicatus* à son créancier était considérée comme un *furtum*²⁵. La délivrance par la force, qui, quand il s'agit d'un *vinctus*, devait être le cas le plus pratique²⁶, rentrait égale-

23. « Parce que la violence est exercée sur lui, mais non contre lui, il y a *in eo* et non *in eum* ; la *vis* est dirigée contre le créancier » (note d'Exner). — Au contraire, si, comme je l'ai admis, *vis*, dans les mots *vindex* et *vindicere*, désigne la violence exercée par le *manum injiciens* sur et contre le saisi, le pronom doit être à l'accusatif, ce qui concorde avec la leçon la plus satisfaisante, ENDO EM JURE VINDICIT.

24. EXNER, *op. cit.*, pp. 395 et suiv.

25. GAIUS, III, 199. V. aussi L. 14, § 13, *D. de furt.* — *Instit.*, § 9, IV, 1.

26. L'emploi effectif de la violence n'était point exigé, mais il suffisait pour entacher de *vis* la délivrance du saisi que le libérateur y fût préparé pour le cas d'un conflit. Cfr. L. I, § 28, *D. de vi* :.. *qui in hoc ipsum aptatus et praeparatus venit, ut contra bonos mores auxilio ne prohi-*

ment dans la notion du *furtum*²⁷. C'est donc une sorte de *furtum* qui est prévu et puni par notre texte. Aussi ne sommes-nous pas surpris de voir édicter contre lui deux peines, l'une publique, l'autre privée. L'amende fixe, c'est la peine publique : elle a son fondement dans l'insurrection par des voies de fait contre l'institution de l'emprisonnement pour dettes, c'est-à-dire contre un des principes du régime des dettes de la cité, au maintien desquels la société est intéressée ; c'est pourquoi l'amende va à la caisse de la cité, et l'action pour la faire rentrer est ouverte à chacun. Le doublé est la peine privée, établie au profit du créancier, lésé comme quiconque se voit soustraire illégitimement l'objet qu'il avait en sa puissance ; ce qu'il y a à doubler, c'est la somme pour laquelle le *judicatus* était détenu et tenait en quelque sorte lieu de gage.

M. P. F. Girard²⁸ objecte cependant que si notre disposition avait pour but de réprimer un *furtum*, la peine serait la peine ordinaire du *furtum*, c'est-à-dire, puisqu'il s'agit d'un *furtum manifestum*, la peine du quadruple. Quelle que soit la gravité de cette objection, je crois cependant qu'on peut y échapper. Sans doute, la soustraction frauduleuse du *judicatus*, comme celle du fils de famille, de la femme *in manu* ou de l'*auctoratus*, est considérée comme un vol, mais elle en est un d'une espèce toute particulière²⁹. En ce qui concerne spécialement la délivrance

beri possit... facit. Sur la largeur avec laquelle fut conçue la notion de *vis*, v. par exemple ISID., V, 26, 4: *vis est virtus potestatis, per quam causa sive res vel aufertur vel extorquetur* ; CIC., *pro Caec.*, 16, 47.

27. GAIUS, III, 209.

28. *Textes*, p. 84.

29. C'est ainsi que dans ces hypothèses exceptionnelles la *condictio furtiva* ne peut être admise. L. 38, § I, D. *de furtis*, 47.2.

par force du *vinctus*, un élément du *furtum* manque, qui est ordinairement essentiel : c'est l'*animus lucrandi*³⁰. Ce n'est qu'exceptionnellement, quand il s'agit d'un esclave dont la fuite a été favorisée, que l'*animus celandi*, indépendamment peut-être de toute préoccupation de gain, semble être considérée comme l'équivalent de l'*animus lucrandi*³¹. De même, dans notre cas, le désir de faire échap-

30. Celui qui par violence délivrait un *vinctus* n'agissait certainement pas dans un but intéressé, mais par pitié pour le *vinctus*, ou par haine pour le créancier. La plèbe romaine devait être animée à l'égard des débiteurs insolvables de sentiments analogues à ceux qui poussent aujourd'hui la populace des grandes villes à délivrer des mains des agents de police les individus arrêtés sur la voie publique, ou, mieux encore, qui font assaillir par les Irlandais les agents chargés d'expulser un tenancier insolvable. La *contractatio*, pour constituer un *furtum* doit être opérée *lucri faciendi gratia*. L. I, § 3, D. de furt. 47.2. — L. 63, eod. L. 54, § 1 et L. 43, § 4. Dans bien des cas, même, où le *contractans* agit par intérêt, nous voyons les jurisconsultes romains refuser de reconnaître le *furtum*, ou au moins hésiter, parce que le *lucrum* n'est pas suffisamment caractérisé ou important. Tel est le cas où quelqu'un enlève la femme esclave d'autrui, *libidinis causa*. *Verum est si meretricem alienam ancillam rapuit quis vel celavit, furtum non esse; nec enim factum quaeritur sed causa faciendi; causa autem faciendi libido fuit, non furtum.* (ULP., L. 39. D. de furt. 47.2). PAUL, il est vrai (*Sent.* II, 37, § 2), indique que la solution contraire a prévalu : *qui meretricem libidinis causa rapuit et celavit, eum quoque furti actione teneri placuit*. La controverse n'a pu porter que sur l'*animus lucrandi*. En effet, la *causa faciendi* essentielle dont parle Ulpien, c'est l'*animus furandi*, dont le premier élément se rencontre certainement dans l'espèce : l'enlèvement s'est fait *invito domino* ; que peut-il donc manquer, sinon le deuxième élément de l'*animus furandi*, c'est-à-dire un *animus lucrandi* suffisant. La nécessité de cet *animus* peut seule expliquer de nombreux textes : V. entre autres L. 27, § 21 et § 25. D. 9, 2. — 2. 37. D. 47.2. — L. 14, § 2. D. 49. 5.

31. A. DESJARDINS, *Traité du vol dans l'antiquité*, n° 111. — L. 48, § 3. — L. 52, § 12. D. 47, 2. — L. 1, pr. D. 41, 4. — L. 4, 6. Cod. 6, 2. — TERRENCE, *Eunuque*, IV, sc. 18, v. 808 : *Prohibebo, inquam* (d'approcher l'esclave). — *Hic se furti adligat* ! s'écrie Gnathon. — Encore pourrait-on, pour soutenir que l'*actio furti* n'est donnée contre ceux qui ont favorisé la fuite d'un esclave qu'autant qu'ils ont agi *lucrandi animo*, argumenter de la L. 36, Dig. 47, 2, de PAUL, *Sent.*, II, 31, § 33, et de L. 62, Dig. 47, 2.

per le *vinctus* et la volonté d'agir *invito domino* a pu suffire à constituer l'*affectus furandi* ou, du moins, à y suppléer; mais ce n'est que par extension. Remarquons de plus que nous sommes en présence, non pas d'une soustraction violente qui ait réussi, mais d'une simple tentative qui n'aurait pu être punie par la seule application des principes sur le *furtum*. Il suppose en effet la *contrectatio*, l'acte de maître, ce qui exclut la tentative restée sans résultat³². Que notre passage réprime une simple tentative, cela résulte des mots *ast vis ejus vincitur*; dans le cas où la soustraction violente a réussi, on applique la peine du vol manifeste, c'est-à-dire le quadruple³³. On ne saurait être surpris de trouver pour un cas très particulier une disposition législative spéciale, surtout dans une matière comme celle du vol, si riche en distinctions et en sanctions diverses³⁴.

La découverte de la table d'Aljustrel en Portugal³⁵, est venue enfin confirmer l'interprétation suivant laquelle il faut voir dans la prescription finale du chapitre LXI de la *lex Coloniae J. G.* la sanction du droit reconnu au *manum*

32. ACCARIAS, *Précis de dr. rom.*, p. 457 et n. 1.

33. En ce sens RE, *op. cit.*, p. 304. — Suivant EXNER, *op. cit.*, p. 398, au contraire, la proposition incidente *ast ejus vincitur* exprimerait que la *vis* commise est prouvée d'abord dans la procédure ordinaire et qu'il n'y a point de *manus injectio* immédiate contre son auteur, alors même qu'il serait pris sur le fait. Cette seconde interprétation me semble moins conforme au sens naturel de *vincitur*.

34. Qu'on se rappelle toutes les différentes sortes de *furtum*: *manifestum*, *nec manifestum*, *conceptum*, *oblatum*, *prohibitum*, *rapina*, et les sanctions diverses.

35. On a trouvé en 1876 à Aljustrel en Portugal une table de bronze, contenant 9 chapitres d'une *lex data*, la *lex metalli Vipascensis*, règlement d'un district minier. V. AUG. SOROMENHO, la table de bronze d'Aljustrel. — *Ephem. epigraph.*, III, pp. 165-189. — *Corp. inscr. lat.*, II suppl., 51, 81. — BRUNS, *Fontes*, pp. 266, 270. — FLACH, *Nouv. Rev. hist. de dr.*, 1878, pp. 269 et s.

injiciens de retenir enchaîné son débiteur. Par une disposition analogue, en effet, la *lex Metalli Vipascensis*, que la table d'Aljustrel nous a en partie conservée, après avoir accordé au *conductor* des mines la *pignoris capio* pour faire respecter un monopole, prévoit le cas où l'on ferait illégalement obstacle à l'exercice de cette action : *qui pignus capientem prohibuerit in singulas prohibitiones quindecim dare debeto*³⁶.

Il faut donc renoncer à trouver dans la *lex Coloniae J. G.* la confirmation, qui d'ailleurs n'était pas nécessaire, de la condamnation au double du *vindex injustus*.

Il faut aussi repousser le rapport que M. Mommsen³⁷, établit entre cette condamnation du *vindex* et le fragment des XII Tables que nous a conservé Festus³⁸ : SI VINDICIAM FALSAM TULIT, SI VELIT, IS [PRAE] TOR ARBITROS TRIS DATO : EORUM ARBITRIO [REI ET] FRUCTUS DUPLIONE DAMNUM DECIDITO. Comme le fait très justement observer M. Gauckler, ce texte n'est pas relatif au *vindex* : la *manus injectio* ne sanctionnait que des créances de sommes d'argent ; il ne pouvait donc pas être question, à propos de cette *legis actio*, de fruits et d'estimation de la valeur de ces fruits. « Il s'agit ici du cas où, dans la *rei vindicatio per sacramentum*, le défendeur a faussement contesté la prétention du demandeur (*vindicia* ayant ici son sens originaire de *correptio manus* et désignant l'acte formel de la revendication) ; conformé-

36. § 5 (41). — Le monopole dont il est question est celui du métier de coiffeur, *tonstrinum*. Toute contravention est punie d'une amende et de la confiscation des instruments au profit du fermier, à qui est accordé comme sanction la *pignoris capio*.

37. *Ephem. epigr.*, III, p. 110.

38. Au mot *vindiciae*. Ce fragment est d'ordinaire placé dans la Table XII.

ment à l'idée ancienne qui voit un délit dans toute résistance injuste, le défendeur est condamné au double ³⁹ ».

Quant à l'exécution de la *damnatio* du *vindex*, on admet d'ordinaire qu'il devait payer immédiatement le *duplum*, sinon, qu'il subissait l'*addictio*, par laquelle le prêteur l'attribuait au créancier, avec toutes ses conséquences. Comment le *vindex* bénéficierait-il, dit-on, d'un *tempus judicati* ? il est maintenant bien établi que la *manus injectio* était régulière : le débiteur avait déjà joui du délai de grâce légal : il n'en doit pas être accordé de nouveau à son défenseur ; en intervenant à tort, il n'a déjà que trop entravé et retardé l'exécution ⁴⁰. D'autre part, le *vindex* ne peut échapper à l'*addictio* que par le paiement ; on ne saurait imaginer qu'il se libérât en fournissant lui-même un *vindex* : car le *prensus* qu'il a libéré aurait pu jouer ce rôle à son tour ; ce serait un circuit sans fin ⁴¹.

Je crois qu'il est plus simple et plus satisfaisant, en l'absence de tout texte, d'admettre que le *vindex* condamné était traité comme tout *damnas* ; qu'il avait donc pour payer sa dette un délai de trente jours, à l'expiration duquel il pouvait être soumis à la *manus injectio* et à l'*addictio*, à moins qu'il ne fournit lui-même un *vindex*. Sans doute le créancier avait déjà dû subir un délai avant de pouvoir saisir le débiteur originaire atteint par la *damnatio* ; mais

39. GAUCKLER, *op. cit.*, p. 615, n. 3.

40. KARLOWA, *op. cit.*, p. 188 et n. 1.

41. Comp. GRADENWITZ, *op. cit.*, p. 291. L'impossibilité pour le *vindex* condamné de fournir à son tour un *vindex* qui eût pu être le *prensus* originaire, sert d'argument à cet auteur pour prouver que le débat entre le *vindex* et le *m. injiciens* n'a pu être une *actio in personam*. Une telle action n'eût abouti qu'à un *judicatum*, le *judicatum* qu'à une *man. inj.*, à laquelle le *vindex* eût pu échapper en trouvant un *manum depellens*.

le *vindex*, auquel il a affaire maintenant, est un débiteur nouveau, en vertu d'une *damnatio* nouvelle, et l'inconvénient du retard que subit encore l'exécution est amplement compensé par l'avantage qui résulte pour le créancier de la *uplicatio*, à l'encontre du *vindex*, de la dette du débiteur primitif. La *manus injectio* opérée contre le *vindex*, c'est-à-dire contre un débiteur nouveau, tenu en vertu d'une cause nouvelle, n'est pas contraire à la règle *Bis de eadem re agi non potest*. Enfin, il n'est pas inadmissible que le *vindex* condamné et saisi pût échapper à la *manus injectio* en fournissant lui-même un *vindex*⁴². C'était, sans doute, une nouvelle cause de retard apportée à l'exécution, mais elle était punie, et compensée pour le créancier par la condamnation du deuxième *vindex* au double de la somme à laquelle avait été condamné le premier, c'est-à-dire au quadruple de la dette originaire. Cette *uplicatio* de la condamnation, à chaque intervention d'un nouveau *vindex*, devait suffire en pratique à écarter l'abus des interventions successives. Car il aurait été bien vite impossible de trouver un *vindex* qui consentit à encourir une condamnation bien certaine à une somme devenue très considérable.

§ 3. — Le recours du *vindex*.

Le *vindex* qui a été condamné dans le procès avec le créancier saisissant et qui a payé ce créancier, a-t-il un recours contre le débiteur originaire ?

42. Tout au plus serait-il choquant que le débiteur originaire et le *vindex* pussent intervenir tour à tour l'un pour l'autre dans le but de retarder indéfiniment et d'empêcher l'*addictio*. Encore la simple application de la règle *vindex arbitratu magistratus locuples esto*, aurait-elle pu suffire à rendre cette collusion impossible en pratique.

L'équité imposerait la réponse affirmative, si elle était le fondement unique des solutions du droit ancien. C'est, en effet, parce qu'il avait délivré le *prensus* et éteint sa dette, que le *vindex* a versé ses propres fonds ; de plus, son intervention s'était produite, en fait, sur les instances du saisi : celui-ci doit donc rembourser des dépenses faites à son profit et sur sa prière. Sans doute, quand le *vindex* a payé, il y était obligé par la condamnation qu'il avait subie : c'était la sanction du délit qu'il avait commis en s'opposant à tort à la *manus injectio*. Est-ce à dire que n'ayant fait qu'acquitter une dette née, de son fait et par sa faute, en sa propre personne, il n'a droit à aucun recours ? Non, car l'obligation même dont il était tenu, il l'avait encourue en libérant le saisi, sur sa demande. D'autre part, son intervention n'était pas une infraction pénale, dont la répression dût nécessairement atteindre et châtier personnellement l'auteur : la *manus depulsio*, si elle est opérée à tort, est un délit privé envers le *manum injiciens*, qui obtient le *duplum* à titre de dédommagement ; mais la loi elle-même donne à qui présente les garanties requises de solvabilité l'autorisation expresse de l'accomplir, sauf à en supporter les conséquences ; rien de plus juste que de reporter ces conséquences de l'intervention sur celui qui l'a causée et qui en a profité. On ne saurait d'ailleurs prétendre que dans le droit romain ancien le caractère de délit attribué à un acte accompli pour le compte d'autrui, est par lui-même exclusif de tout recours : le recel, même sans mauvaise foi, est un délit, *furtum conceptum*, qui donne naissance à une action au triple en faveur du volé. Mais le recéleur se fait rembourser au moyen de l'*actio*

furti oblati, également au triple, par celui qui lui avait donné à garder la *res furtiva*¹.

Cependant il y a quelque difficulté à déterminer quelle action appartenait au *vindex* pour se faire indemniser. Quand un tiers a payé pour autrui, on peut concevoir qu'il recoure soit par l'action du créancier, s'il a eu soin de se la faire céder, soit au moyen d'une action nouvelle née en sa personne. L'une et l'autre idée est familière au droit romain classique. Mais la première d'abord doit être écartée : outre qu'on ne voit pas bien comment le *vindex* qui conteste l'existence de l'action du créancier, et qui éteint cette action, en cas qu'elle existe, par une *manus depulsio*, aurait pu se la faire céder, il est certain que le *beneficium cedendarum actionum* est d'origine relativement récente et bien postérieure au *vindex*. Quant aux actions qui naîtraient en sa personne, quelle pourrait en être la source ? On songe immédiatement au quasi-contrat de gestion d'affaires, ou à un contrat de mandat consenti par le saisi et le *vindex* avant l'intervention. On ne peut cependant attribuer au *vindex* ni l'*actio negotiorum gestorum (contraria)* ni l'*actio mandati (contraria)*, car ces actions n'ont apparu qu'assez tard².

On pourrait penser que le *vindex*, avant d'intervenir, s'assurait le remboursement au moyen d'un *nexum*. Ce

1. GAIUS, III, 186, 187, 191. — V. IHERING, trad. DE MEULENAERE, de la Faute, p. 38 et suiv.

2. V. BEKKER, *Aktionen*, pp. 40, 41. — Avant d'imaginer ces actions générales, on a eu recours d'abord à des actions créées en vue de situations particulières, telles que l'*actio furti oblati*, l'*actio depensi*, donnée au *sponsor*, et sans doute l'*actio legis Aquiliae* contre l'*adstipulator* qui a fait *acceptilatio* en fraude du créancier principal (Cependant v. GAIUS, III, 215, 216). V. IHERING, de la Faute, pp. 38 et suiv. GAUCKLER, p. 620, n. I et les auteurs qu'il cite.

contrat, il est vrai, aurait dû être subordonné à la condamnation du *vindex*. Or, on peut douter que le *nexum* ait pu être affecté d'une condition, au moins dans le principe ³.

Il est d'ailleurs permis de conjecturer que le *nexum* eût été inutile. La véritable sanction du droit de recours du *vindex* dut être à l'origine dans les mœurs. Ce sont elles qui font aux membres puissants de la *gens* un devoir de secourir leur gentil dans le besoin, et notamment, quand il est saisi *per manus injectionem*, de le soustraire à la servitude pour dettes et à l'esclavage *trans Tiberim*. Ce sont elles aussi qui font à l'assisté une obligation plus stricte encore, d'indemniser son libérateur. S'il y manque, il commet une sorte de délit ; il encourt les pénalités particulières de sa *gens* ; il s'expose même à en être exclu, peine terrible à une époque où la vie n'était guère possible à l'individu isolé, exposé sans défense à toutes les convoitises. Lorsque les liens de la solidarité originaire, devenus moins nécessaires, se furent relâchés, on continua de considérer que c'était un délit de la part d'un débiteur de ne pas rembourser le tiers qui a payé pour lui, et comme la sanction morale était devenue insuffisante, la loi vint fournir au tiers une action. C'est ainsi que la loi Publilia ⁴ donna la

3. On sait que la condition est exclue des *actus legitimi* (PAPIN, 28, *quaest.*, L, 77. D. *de reg. juris*, 50, 17) ; elle n'a pas dû être admise dès l'origine des contrats. — La règle *SI NEXUM FACIET MANCIPIUMVE UTI LINGUA NUNCUPASSIT, ITA JUS ESTO.* (*Tab.* VI, 1), ne pourrait d'ailleurs être invoquée : elle ne paraît pas avoir pour but d'autoriser les modalités ou les pactes joints ; elle a trait au changement que fit subir l'introduction de la monnaie au *nexum* et à la mancipation : l'emploi de la balance devint une formalité. La loi reconnaît l'efficacité de la fiction qui succédait à la réalité.

4. GAIUS, III, 127, IV, 22. — La date de la loi Publilia est inconnue.

manus injectio pro judicato au *sponsor* contre celui pour qui il avait payé et qui ne l'avait pas remboursé dans les six mois. La même action *per manus injectionem* appartenait sans doute au *vindex*, car il y avait la même raison de la lui accorder ; comme le *sponsor*, il a payé dans l'intérêt d'autrui ; or, c'est précisément ce paiement dans l'intérêt d'autrui, *depensum*, qui est la cause de la créance en recours reconnue au *sponsor* ; l'action qui la sanctionne porte en effet le nom d'*actio depensi*⁵. Est-ce à dire que la même loi Publilia avait statué à la fois pour le *vindex* et pour le *sponsor* ? Gaius ne mentionne que ce dernier comme bénéficiaire de la loi. L'omission du *vindex* est d'autant plus significative, que lorsqu'il cite la loi Publilia (IV, 22), il vient précisément, quelques lignes plus haut, de mentionner le *vindex*⁶. De plus, les termes dont il se sert au paragraphe 25, pour désigner celui contre qui l'*actio depensi* peut être intentée, *is pro quo depensum est*, sont beaucoup plus compréhensifs que ceux qu'il emploie au paragraphe 22 pour désigner celui qui peut être actionné en vertu de la loi Publilia, *is pro quo sponsor depensit*. N'est-ce pas un indice que la loi Publilia n'était relative qu'au *sponsor*, mais que l'*actio de-*

5. GAIUS, III, 127 : *sponsores ex lege Publilia propriam habent actionem in duplum, quae appellatur depensi*. — *Propriam* ne signifie pas que les *sponsores* sont les seuls à jouir de l'*actio depensi*, mais seulement que cette action n'appartient pas aux *fidepromissores* et aux *fidejussores*. C'est ce qui ressort d'une manière évidente de l'ensemble du passage, consacré à un parallèle entre les diverses cautions. Cependant les *fidepromissores* et les *fidejussores*, eux aussi, payaient une dette contractée dans l'intérêt d'autrui. Mais ils ont apparu plus tard que les *sponsores* et, pouvant employer l'action générale de mandat ou de gestion d'affaires, ils n'ont pas eu besoin de l'action spéciale *depensi*.

6. Il est à remarquer que si la loi Publilia s'était occupée à la fois du *vindex* et du *sponsor*, Gaius n'aurait eu, dans le IV, 22, que deux mots à ajouter *sponsor (aut vindex) depensisset*.

pensi appartenait aussi à d'autres? Probablement, la loi Publilia n'a fait qu'étendre au *sponsor* la jouissance d'une action qui avait été déjà reconnue au *vindex*⁷. Les termes *depensum*, *actio depensi*, techniquement, désignent le paiement fait dans l'intérêt d'autrui⁸. Mais ils éveillent aussi l'idée de pesée, d'emploi de la balance et de l'airain⁹, et, à ce point de vue, ils ne s'appliquent qu'inexactement au paiement fait par le *sponsor* et à l'action qui en naît. Celui-ci en effet s'est engagé par une *sponsio*, c'est-à-dire *verbis*; son obligation doit s'éteindre civilement de même *verbis*. Si le paiement qu'il effectue a reçu le nom de *depensum*, c'est que ce mot avait déjà pris le sens de paiement au profit d'autrui. Il y avait donc des *depensa* en ce sens et sans doute aussi une *actio depensi*, antérieurement au *sponsor*. On peut remarquer que le *vindex* dont la dette résultait d'une *damnatio dupli*, devait s'éteindre *per aes et libram*, c'est-à-dire par un *depensum* au sens le plus strict. L'*actio depensi* a donc très bien pu être créée pour lui.

En résumé, d'après ce qui précède, le *vindex* a une créance en recours sanctionnée par la *manus injectio*, et qui

7. BEKKER, *Akt*, I, p. 41. — GAUCKLER, *op. cit.*, p. 649. — MUIRHEAD, *op. cit.*, pp. 214, 215, 226, n. 16. — Comp. RUDORFF, *Litiscrescenz.*, p. 357, 358.

Suivant VOIGT, *XII Tab.*, p. 497, n. 2 et p. 501, l'*actio depensi* est une action pénale au double et s'intente *per sacramentum*. Elle est (contrairement à l'opinion de SELL), antérieure à la loi Publilia qui l'a étendue au *sponsor*. L'emploi de la forme de la *leg. a. p. m. inj.* est une innovation de cette loi Publilia. — Je suis persuadé au contraire que l'*actio depensi* n'a jamais et en aucun cas eu d'autre forme que la *leg. act. p. m. inj.*, à l'époque des actions de la loi; c'est à cause de cette forme qu'elle est *in duplum* sous le système formulaire.

8. V. VOIGT, *XII Tab.*, II, p. 495 et les autorités citées en ce sens note 1 (p. 495) et note 6 (p. 499). — GAIUS, IV, 25.

9. V. RUDORFF, *Litiscrescenz*, p. 358 : « *dependere* c'est *per trutinam* ou *per aes et libram solvere* ». — Comp. GAUCKLER, p. 649.

naît *quasi ex contractu, ex re*¹⁰, du paiement, *depensum*, qu'il effectue à cause du saisi.

À l'appui de cette opinion, on peut invoquer une sorte de droit de gage et de rétention qui appartient au *redemptor* sur le captif qu'il a racheté à l'ennemi (*captivus ab hoste redemptus*)¹¹. Ce droit ne naissait certainement pas d'un contrat de gage véritable entre le *redemptor* et le *captivus* ; il résultait donc du fait même de la *redemptio*. Or, l'analogie est frappante entre la situation du *vindex*, qui soustrait le débiteur à l'emprisonnement dans la maison du *manum injiciens*, suivi bientôt de l'esclavage à l'étranger, et le *redemptor*, qui délivre le prisonnier de la captivité chez l'ennemi. Le droit qui correspond pour le *vindex* au droit réel du *redemptor*, est le droit, portant également sur la personne du débiteur, d'opérer sur lui la *manus injectio*¹².

La preuve de l'existence de la créance en recours du *vindex* doit être reconnue sans doute dans le récit, déjà mentionné, de Tive-Live, qui nous montre Manlius intervenant en faveur d'un centurion soumis à la *manus injectio judicati*, sans égard pour ses glorieux faits d'armes,

10. *Quasi ex contractu* : V. VOIGT, *XII Tab.*, II, p. 495 et p. 497. — *Ex re* : V. MUIRHEAD, *Introd. hist.*, pp. 214, 215.

11. L. 15, D. *de captivis*, 49, 15 : *Quasi jure pignoris finito... — eod. tit.* : L. 19, § 9... *jus pignoris quod in redempto habet.* — L. 21, pr... *remissum matri pignoris vinculum...* — L. 2, Cod., 8, 51, *de postlim.* — L. 3, § 3, D. 43, 29, *de lib. hom. exhib.* — L. 43, § 3, D. *de leg.* 1^o.

12. L'analogie entre le *vindex* et le *redemptor*, déjà mentionnée par HUSCHKE, *Nexum*, p. 244, n. 378 a été signalée particulièrement par RUDORFF, *Litiscrescenz*, pp. 357, 358. V. aussi GAUCKLER, p. 619, n. 2. Pour Rudorff, le droit de recours *per man. inject.* du *vindex*, ne résulte pas simplement du paiement *depensum*, mais de la *redemptio* qu'il opère ; il est de la nature de la *redemptio* que le *redemptor* ait un droit sur la personne de celui qu'il délivre ; la loi Publilia a étendu le droit du *vindex* au *sponsor* : le débiteur qui dans les six mois n'a pas remboursé le *sponsor*, a en effet abusé de sa confiance.

par un créancier impitoyable : Manlius paie la dette du centurion et le renvoie libéré *per aes et libram* : *inde rem creditori palam populo solvit, libraque et aere liberatum emit*¹³. Manlius, à la vérité, n'apparaît pas dans le récit comme un *vindex*, au sens technique et précis du mot, puisqu'il ne conteste pas la légalité de la *manus injectio*, et se borne à satisfaire le créancier sans procès. Mais, s'il résulte du texte que le tiers qui procurait par un paiement volontaire la libération du débiteur *judicatus* saisi, acquérait une action en recours, nul doute que la même action n'appartînt au *vindex* véritable qui a dû payer, parce qu'il a éteint la dette du *prehensus* par une intervention contentieuse.

Du passage cité trois interprétations différentes ont été proposées. L'une, suivant laquelle Manlius aurait lui-même payé le créancier *per aes et libram*¹⁴, me semble devoir être rejetée sans hésitation. Si telle était la signification du texte, les mots *libra et aere* auraient été rapportés à *solvit*. De plus, si Manlius, tiers intervenant, pouvait payer la dette du centurion, en ce sens qu'il pouvait procurer la somme due par celui-ci, il n'avait pas, je le crois du moins¹⁵, qualité pour prononcer la formule de la libération *per aes et libram*, qui devait être prononcée par le débiteur lui-même. On ne peut donc pas dire que Manlius paie lui-même *per aes et libram*, puisqu'il reste étranger à la solennité qu'exige l'emploi de la balance et de l'airain¹⁶.

13. TITE-LIVE, VI, 14.

14. V. VOIGT, XII Tab., II, p. 500, n. 9. — GAUCKLER, p. 619, n. I.

15. A cause du principe de la non-représentation dans les actes juridiques solennels, et par application de la règle de symétrie *eo modo jus dissolvi quo colligatum est*. Je m'efforcerai d'établir ce point un peu plus loin (Appendice).

16. A l'époque à laquelle se rapporte le récit de Tite-Live; c'est-à-dire

Suivant une deuxième opinion¹⁷, Tite-Live aurait indiqué les deux phases successives du paiement, tel qu'il devait se faire pour être civilement libératoire. Manlius remet au créancier le nombre requis de pièces de monnaie, *rem solvit*, et il le détermine ainsi à permettre au débiteur de se libérer *ipso jure, per æs et libram : libraque et ære liberatum emittit*.

Enfin une troisième interprétation, que Huschke admet de préférence¹⁸ et qui me semble en effet la meilleure, implique un droit de recours appartenant au *vindex*. Manlius, après avoir procuré le paiement du créancier par les moyens ordinaires, devenu par là même créancier en recours, fait au centurion remise de sa dette, en le faisant se libérer vis-à-vis de lui, *vindex*, par une *solutio imaginaria per æs et libram*. Cette explication s'accorderait au moins aussi bien que la précédente avec les expressions du texte, *rem creditori solvit, libraque et ære liberatum emittit*. Elle rend plus saisissante la démonstration de générosité à laquelle se livre l'ambitieux Manlius : après avoir payé le créancier avec ostentation, *palam populo*, il rend manifeste le caractère de libéralité de son intervention en renonçant immédiatement et solennellement à tout recours, opposant ainsi son propre désintéressement à l'âpreté impitoyable des patriciens. De quel intérêt serait au

quelques années après le siège de Rome, cet emploi de la balance n'était plus qu'une formalité. Pour apprécier l'importance d'un prêt ou d'un remboursement, on compte les pièces de métal sans qu'il soit nécessaire de les peser. La monnaie est déjà apparue à l'époque des XII Tables, d'où la règle *CUM NEXUM FACIE MANCIPIUM VE UTI LINGUA NUNCUPASSIT ITA JUS ESTO*.

17. GLOEDEN, *Krit. Jahrb.* f. D. R. W. 1843, p. 417. — ACCARIAS, II, p. 360.

18. *Nexum*, p. 241.

contraire la mention de la solennité *per æs et libram*, intervenue entre le saisissant et le débiteur, si c'était, comme on l'admet généralement, une formalité toujours nécessaire, et par conséquent toujours employée pour éteindre la créance ?

On objecte que Manlius apparaît bien comme un donateur dans le récit de Tite-Live, et qu'en supposant même qu'une créance fût née à son profit, ce ne serait pas *per æs et libram*, qu'elle n'aurait donc pu être éteinte par un paiement fictif au moyen de la balance⁴⁹. — Mais si la créance en remboursement naît *ipso jure, ex re*, Manlius ne fait de libéralité qu'autant qu'il y renonce et qu'il la fait éteindre par un mode quelconque de *solutio imaginaria* ; or, celui qui correspond le plus exactement à la cause de la créance, c'est celui qui a lieu *per æs et libram*.

Aussi, tout en reconnaissant que l'interprétation précédente aussi est acceptable, je crois qu'il convient de voir dans le texte de Tite-Live la preuve du recours du *vindex*.

Quel est le montant de ce recours ? Le *depensum*, cause de la créance du *vindex*, en est aussi la mesure. Le *vindex* se fait rembourser ce qu'il a dû déboursier à cause du saisi, le double, puisqu'il a été condamné au double. Le bénéfice qu'a retiré le *prensus* de l'intervention, c'est, il est vrai, l'extinction d'une obligation qui n'était qu'au simple ; mais pour produire ce résultat, tout en contestant le bien fondé de la *manus injectio*, ce que le *vindex* n'avait entrepris, en fait, qu'à la prière du *prensus* et sur la foi des dénégations qu'il opposait aux prétentions du saisissant, il fallait bien que le *vindex* s'exposât à la *dupli damnatio*. Si d'ailleurs il

49. ACCARIAS, *loc. cit.*, not. 2.

avait triomphé, le saisi aurait échappé à la *manus injectio* sans rien déboursier : en provoquant une contestation, il court la chance de ne rien payer ou de payer le double. L'*actio depensi*, sanction du recours du *vindex*, s'exerce par une *manus injectio pro iudicato* : donc, en cas de résistance du débiteur à cette action, résistance qui ne pouvait se faire, même après la loi Vallia, que grâce à l'intervention d'un nouveau *vindex*²⁰, l'ancien qui triomphe obtient le double de l'objet de sa créance, c'est-à-dire le quadruple de la créance originaire.

Le *sponsor* ne pouvait avant l'expiration d'un délai de six mois exercer son recours *per manus injectionem* contre celui pour qui il avait payé²¹. Ce délai était certainement accordé aussi au *pensus*. Sa situation n'eût pas été améliorée s'il n'eût échappé à la *manus injectio* du créancier que pour tomber sous celle du *vindex*. Elle eût au contraire empiré gravement, puisque la dette doublait, à ce changement de créancier. Il fallait laisser au débiteur un délai qui lui permit de se procurer la somme nécessaire.

20. GAIUS, IV, 23.

21. GAIUS, IV, 22.

APPENDICE

Le *vindex*, tel qu'il a été précédemment défini et étudié, est le tiers qui soustrait le saisi à la *manus injectio*, en se fondant sur ce qu'elle est illégitime, et qui est amené par là à entrer en contestation avec le saisissant, qui la prétend régulière.

Il pouvait arriver qu'un tiers intervînt en faveur du saisi et le libérât, non pas en s'opposant à la *manus injectio* comme étant opérée sans droit, mais en satisfaisant sans discussion le créancier. Ce tiers n'est pas à proprement parler un *vindex*¹ ; il n'est pas celui *qui vim dicit*, qui dénonce comme une violence injuste la *manus injectio*, puisqu'il en reconnaît au contraire le bien fondé. Ce nom semble pourtant lui avoir été appliqué par extension², et son rôle présente assez d'analogies avec celui du *vindex* véritable pour qu'il soit intéressant de l'en rapprocher.

L'intervention d'un tiers dans le but de délivrer le saisi en satisfaisant le créancier, dut être très fréquente en pra-

1. V. en sens contraire, GAUCKLER, *op. cit.*, p. 610.

2. Manlius Capitolinus, qui s'était rendu populaire en payant les dettes d'un grand nombre de plébéiens soumis à la *manus injectio* (V. TITE-LIVE, VI, 20... *quos duci addictos prohibuisset*...), est désigné dans le récit de Tite-Live par les mots *vindex* (VI, 18), *vindex libertatis* (VI, 14). Mais il ne faut pas oublier que le mot *vindex* était un mot de la langue littéraire et usuelle, et il semble précisément que, dans les passages où il est appliqué à Manlius, il soit pris dans le sens large de *défenseur*, plutôt qu'employé comme terme technique. Sur cette intervention dans la *manus injectio* d'un tiers disposé à satisfaire sans contestation le créancier, les textes juridiques que nous possédons sont muets.

tique. Indépendamment même des liens d'affection qui devaient souvent la déterminer, les mœurs faisaient, nous l'avons vu, aux membres d'une même *gens* un devoir d'honneur de secourir celui d'entre eux qui était en péril, et, pendant les premiers siècles de Rome, pour les plébéiens obérés, ruinés par l'usure et par les guerres continuelles, le danger redoutable entre tous et sans cesse menaçant, c'était la *manus injectio* avec toutes ses conséquences. C'est contre elle que la protection des patrons avait aussi le plus souvent occasion de s'exercer, et que les ambitieux pouvaient signaler leur générosité et leur dévouement aux intérêts populaires. Or, presque toujours, la *manus injectio* était, incontestablement, légalement opérée : les dettes n'existaient que trop réellement. Pour éviter au saisi la servitude, il fallait donc donner satisfaction au créancier.

Le moyen le plus naturel et sûrement le plus usité, c'était de payer la dette. Le paiement pour autrui était-il donc possible dans le droit romain ancien ? On peut en douter, à ce qu'il semble. Il est certainement permis dans le droit classique, mais c'est qu'alors le paiement consiste dans la simple prestation de la chose due. Au contraire, à l'époque antérieure, entièrement soumise au formalisme, lorsque l'obligation née d'une solennité ne s'éteignait que par la solennité contraire, il semble qu'un tiers n'eût pas qualité pour éteindre une créance, en prononçant la formule solennelle d'où résultait la libération. C'est le débiteur, qui a été lié par le créancier, qui doit se délier lui-même : *dominus esto*, lui a dit le créancier dans le *pecuni* ; *me solvo liberique*, doit dire le débiteur en personne dans la *nexi liberatio*³. Ainsi l'exige la loi de symétrie. De plus,

3. Gaus. III, 174.

un tiers ne pourrait intervenir dans l'acte solennel du paiement, pour l'effectuer, que comme représentant du débiteur, par conséquent en violation du principe de la non-représentation dans les actes juridiques ⁴. On ne devait donc pouvoir éteindre soi-même que sa propre dette, et le *vindex*, au cas que nous supposons, n'est pas débiteur. Mais il pouvait fournir au saisi, au moyen d'un *nexum*, la somme nécessaire pour payer le créancier, ou bien remettre les

4. M. Voigt, *XII Taf.*, § 125, 11, pp. 495 et suiv., qui considère le *depensum* comme une sorte d'*intercessio*, comme le paiement fait directement par un tiers en son propre nom, à l'effet d'éteindre la dette d'autrui, voit dans le *depensor* un représentant. Cette représentation se traduit dans la formule qu'il lui attribue : *Quod L. Titius tibi X milibus condemnatus est, id eo nomine recte solvo liberoque hoc aere aeneaque libra. Hanc tibi libram primam postremam ex jure Quiritium expendo lege, jure obligatus*. M. Voigt ne semble pas prévoir l'objection que l'on peut tirer du principe de la non-représentation. Il n'admet pas d'ailleurs qu'à l'époque formaliste n'importe qui pût éteindre par un paiement en son nom la dette d'autrui. Suivant lui, le *depensum* n'était permis, et l'*actio depensi* n'était accordée qu'au *sponsor*, au *vas*, et au *vindex*, (soit au *vindex* qui repousse la *m. inj.* et engage un débat avec le *man. injiciens* par l'action que M. Voigt appelle l'*actio revocatoria*, soit à celui qui paie sans contestation).

Mais il est remarquable que dans tous ces cas, excepté seulement dans celui du *vindex* qui satisfait le créancier sans contestation, le *depensor* est lui-même obligé. C'est sa propre dette qu'il éteint. Il n'agit donc pas comme représentant. On doit même croire qu'à l'origine il était seul tenu. Le *depensum* ne me semble donc pas tant le paiement d'une dette étrangère fait par un tiers, en son propre nom, que le paiement fait par une personne qui est personnellement tenue, en exécution d'une obligation dont une autre a profité. C'est pourquoi le cas du *vindex* qui fournit sans contestation avec le saisissant la somme nécessaire au paiement de la dette qui est à la charge du seul saisi, me semble sortir un peu de la notion première et exacte du *depensum*. S'il éteignait lui-même la dette du *prensus*, à laquelle il n'est pas personnellement obligé, il ne pourrait agir que comme représentant. A-t-on fait pour ce cas exception au principe de la non-représentation ? C'est douteux, étant donné qu'il était si facile, comme on le verra, d'arriver sans cela pratiquement au résultat désiré.

espèces au saisissant, en exigeant de lui qu'il laissât le débiteur se libérer *per aes et libram*. C'est en ce sens, je pense, que l'on peut dire que le *vindex* payait sans contestation la dette du saisi.

On pourrait encore concevoir qu'un tiers voulût se substituer au débiteur, pour être enchaîné à sa place dans la maison du créancier, et même pour être vendu *trans Tiberim*, faute de paiement, à l'expiration du temps légal. L'intérêt de cette combinaison était de conserver le débiteur à sa famille, et de lui permettre de se procurer la somme nécessaire, plus facilement peut-être que ne l'aurait pu le tiers qui se dévouait. Cette substitution, évidemment possible si le créancier y consentait, pouvait-elle avoir lieu contre son gré ? Il semble que oui, puisque le *vindex* aurait pu, malgré le créancier, éteindre la dette en déclarant la *manus injectio* mal fondée, et se substituer ainsi au débiteur ⁵. Il est vrai que le créancier, au lieu d'un débiteur du simple, aurait acquis un débiteur du double, et d'une solvabilité certaine, tandis que le tiers qui remplace le débiteur sans s'être opposé à la *manus injectio*, devait être libéré par le paiement de la dette simple. Du moins, il est évident que le tiers qui se présentait pour tenir la place du débiteur, devait offrir les mêmes garanties de solvabilité que le *vindex* qui anéantissait la saisie par une intervention contentieuse. Il fallait, en effet, qu'ayant les mêmes raisons de craindre les conséquences du non paiement, il eût les mêmes moyens de les éviter.

Au contraire, il n'y avait aucun motif d'appliquer la règle *ADSIDUO VINDEX ADSIDUUS ESTO* au tiers qui intervenait

5. GAUCKLER, p. 612 et n. 1.

pour payer la dette du saisi. Qu'importait au créancier la situation de ce *vindex* au point de vue économique : *sum receptit* : entre ce *vindex* et lui, il n'y a aucun rapport de droit.

Tandis que le *vindex* qui entend contester la légitimité de la *manus injectio*, n'a pour intervenir qu'un temps bien déterminé, le tiers qui veut procurer par un paiement la libération du débiteur soumis à la *manus injectio*, peut se présenter à tout instant, depuis la saisie extra-judiciaire jusqu'à la vente à l'étranger. Il peut donc, au contraire du *vindex* proprement dit, empêcher l'*in jus ductio*, et il peut encore après l'*addictio* faire relâcher le *prensus*. C'était, nous l'avons vu, pour permettre à l'*addictus* d'émouvoir la pitié d'un tel libérateur, qu'on le produisait par trois fois au *comitium*, à des jours de marché ⁶, avant l'expiration du délai de soixante jours qui aboutissait à la vente *trans Tiberim*, terme fatal après lequel le débiteur, ayant cessé de compter parmi les citoyens et les hommes libres, n'a plus rien à espérer.

L'intervention du *vindex* disposé à satisfaire le créancier, devait pouvoir se produire sans autres solennités que celles qui accompagnaient la pesée des lingots ou la numération des espèces, et d'où résultait la libération du débiteur ⁷. Du moins, la solennité *per aes et libram* suffisait à éteindre la dette du saisi. Mais, d'ordinaire, l'intervenant manifestait d'abord d'une manière solennelle son inten-

6. AULU-GELLE, XX, 1.

7. Le *vindex* ne prenait pas d'ailleurs part à ces solennités comme acteur, si, comme je le crois, elles consistaient dans la prononciation par le débiteur des paroles de la *liberatio per aes et libram* rapportées par GAIUS, III, 174, après que le *vindex* avait fourni les espèces au créancier, sans observer de rite.

tion de soustraire le débiteur à la prise de corps, et, à l'imitation du *vindex* véritable, il opérait sur le saisi une *manus injectio* destinée à paralyser celle du créancier, dont il repoussait aussi la main par une *manus depulsio*. C'est ce qui résulte du passage de Tite-Live relatif au paiement de la dette du centurion par Manlius :... *accurrit et manum inject* ⁸. L'effet de cette *manus injectio* était sans doute de forcer le consentement du créancier à la *liberatio per aes et libram* du débiteur. On ne concevrait guère d'ailleurs que le créancier refusât d'être payé : ce refus n'aurait pu avoir d'autre cause qu'une intention vexatoire qu'il fallait pouvoir déjouer.

Enfin le *vindex*, qui a payé sans contestation le créancier, avait, comme le *vindex* proprement dit, un recours contre le débiteur qu'il avait libéré. Ce recours s'exerçait par une *manus injectio*. Elle était fondée sur le *nexum*, s'il avait prêté par ce contrat au débiteur la somme nécessaire pour payer sa dette ; s'il avait fourni au créancier la somme due, pour le déterminer à permettre au débiteur de s'affranchir par la *nexi liberatio*, la *manus injectio* était une action née *ex re*, de la numération des espèces, peut-être appelée par extension *actio depensi*. Nous pensons avoir trouvé dans le récit de Tite-Live, relatif à l'intervention de Manlius en faveur du centurion ⁸, la preuve de ce recours. Tandis que le *vindex* qui a dû payer après condamnation le double de la dette originaire au créancier, pouvait réclamer au débiteur le remboursement de ce double, l'intervenant qui a payé volontairement le simple n'a droit évidemment à exiger que ce simple. Les actions

8. TITE-LIVE, IV, 14.

de l'un et de l'autre ont au contraire ceci de commun qu'elles ne peuvent être intentées que six mois après le paiement, et qu'elles procurent à leur titulaire, au cas où elles sont combattues, le double de l'objet de la créance qu'elles font valoir, soit, dans un cas, le quadruple, dans l'autre, le double de la dette originaire.

DEUXIÈME PARTIE

LE VINDEX DANS L'IN JUS VOCATIO

Le *vindex* de l'*in jus vocatio* n'est mentionné que dans deux textes, qui tous deux se réfèrent à la période formulaire. Ce sont le chapitre XXI *in fine* de la loi Rubria *de Gallia Cisalpina*, et le § 46 du Commentaire IV des Institutes de Gaius¹. Est-ce à dire que ces textes contiennent tous les renseignements que nous pouvons avoir sur le *vindex* de l'*in jus vocatio*, et que l'existence même de ce *vindex* à l'époque des actions de la loi doit être tenue pour incertaine ? Non, sans doute, ainsi que cela résultera des explications qui suivent et qui seront réparties, suivant l'ordre historique, en deux chapitres, le premier relatif à la période des actions de la loi, le second à la période de la procédure formulaire.

1. Loi Rubria, XXI. . . . Quo minus in eum, qui ita vadimonium Romanum ex decreto ejus, qui ibei jure deicundo praeit, non promeiserit aut vindicem locupletum ita non dederit, ob eam rem judicium recuperationem is, qui ibei jure deicundo praeit, ex h. l. det judicareique de ea re ibei curet, ex h. l. nihilum rogatur.

GAIUS, IV, 46 : . . . Ceterae quoque formulae quae sub titulo DE IN JUS VOCANDO propositae sunt, in factum conceptae sunt, velut adversus eum qui in jus vocatus neque venerit neque vindicem dederit ; item contra eum qui vi exemerit eum qui in jus vocatur ; et denique innumerabiles ejus modi aliae formulae in albo proponuntur.

CHAPITRE PREMIER

LE VINDEX DANS LE SYSTÈME DES ACTIONS DE LA LOI.

Malgré l'absence de tout texte qui l'établisse directement, l'existence, à l'époque des actions de la loi, d'un *vinde* jouant un rôle dans l'*in jus vocatio* doit être regardée comme certaine. L'*in jus vocatio* était une procédure empreinte de toute la rudesse primitive, et dont la rigueur nécessitait un correctif. L'action de la loi, on le sait, n'est possible, en principe, que si les deux parties sont en présence devant le magistrat. C'est au demandeur, à celui qui agit, d'assurer lui-même la comparution de l'adversaire. Lorsqu'il le rencontre, sur la place publique ou dans la rue, car il n'a pas le droit d'aller le chercher dans sa maison ¹, il le somme de venir immédiatement devant le magistrat, *in jus vocat* ². L'appelé est obligé d'obéir sur le

1. La maison romaine étant un asile inviolable et protégé par la religion, en arracher le chef de famille eût été contraire au *fas* comme au *jus* : Cic., *pro domo*, c. 41 : *hoc perfugium ita est sanctum, ut inde abripi neminem fas sit*. — GAIUS, l. 1 *ad leg. XII Tab.* (L. 18, D. *de in jus voc.*, 2, 4). — Cf. PAUL, l. I, *ad Ed.* (D. 21, D. 2, 4). — V. IHERING, *Esprit*, II, p. 153 et n. 211.

2. La formule employée le plus régulièrement, celle qui correspondait littéralement à la loi, c'était *in jus te voco*. V. PLAUTE, *Poen.*, V, 6, 6 : *Leno, in jus te voco*.

On rencontre cependant encore d'autres formules dans les comiques : *in jus ambula, sequere, in jus i, in jus eamus*. V. PLAUTE, *Curcul.*, V, 2, v. 23 et s. *Persa*, IV, 9, v. 8. *Rudens*, III, 1, v. 16, 4, v. 22 et s. *Poenul*, V, 4, 52 et s. — TÉRENCE, *Phormio*, V, 10, v. 43 et 88. — V. IHERING, *Esprit*, III,

champ. S'il n'obéit pas, l'appelant, après avoir pris à témoins les assistants ³, le saisit. SI IN JUS VOCAT, NI IT, ANTESTATOR : IGITUR EM CAPITO ⁴. L'appelé essaie-t-il encore de gagner du temps par ruse ou cherche-t-il à s'enfuir, l'appelant l'entraîne *in jus* de vive force, *trahit, rapit obtorto collo* ⁵. SI CALVITUR PEDEM VE STRUIT, MANUM ENDO JACITO ⁶. Les inconvénients de ce procédé, qui arrachait inopinément à ses occupations l'homme même le moins désireux de se soustraire frauduleusement au procès ⁷, de-

p. 334 et n. 473. Les textes relatifs à l'*in jus voc.*, sont réunis dans BRISSON, *de formulis*, V, 1.

3. La formule consacrée était « *licet te antestari ?* » En même temps on touchait l'oreille du témoin, comme le siège de la mémoire. V. HORACE, liv. I, *satir.* 9, V, 74 et s.

..... *Casu venit obvius illi*

Adversarius et : « quo tu, turpissime » ? magna

Exclamat voce ; et : « Licet antestari » ? Ego vero

Oppono auriculam. Rapit in jus.....

De même PLAUTE, *Persa*, IV, sc. 9, v. 10 et s. : « *licet te antestari ?* » et PLINE, *Hist. nat.*, XI, 45 ; *in ima aure memoriae locus, quam tangentes antestamur*. Il paraîtrait même qu'on pouvait, à défaut d'autres, prendre à témoin celui même qu'on appelait *in jus*. PLAUTE, *Curculio*, loc. cit. *Poenulus*, V, 4, 56 et 57 :

Antestare me atque duce.

— *Ego te antestabor.*

4. Tab., I, 1.

5. PLAUTE, *Rudens*, III, sc. 4, v. 15, 29 et 30.

Rapi te obtorto collo mavis an trahi ?...

... *Subveni, mi Charmides,*

Rapior obtorto collo !

Poenulus : III, 8, v. 45. *Priusquam obtorto collo ad praetorem trahar ?* TERENCE, *Phormio*, v. 10, v. 92 : *Rape hunc !* HORACE, l. cit. : *rapit in jus.*

6. Tab. I, 2. — V. GAIUS, lib. I, *ad. leg. XII Tab.* (L. 233 pr. D. de V. S., 50, 16).

7. Dans le cas où le grand âge ou la maladie auraient retenu le défendeur, l'*in jus vocans* devait lui procurer un moyen de transport, *jumentum*. V. AULU-GELLE, XX, I. Tab. 1. 3. SI MORBUS AEVITASVE VITIUM ESCIT, QUI IN JUS VOCABIT, JUMENTUM DATO ; SI NOLET, ARCERAM NE STERNITO.

vaient faire reconnaître par la loi un moyen, probablement celui qui avait d'abord été employé en fait, d'échapper à l'obligation d'obéir immédiatement à l'appel.

C'est à ce moyen que faisait, sans aucun doute, allusion la loi 22, § 1, Dig. *de in jus vocando*, 2, 4 : *qui in jus vocatus est, duobus casibus dimittendus est : si quis ejus personam defendet, et si, dum in jus venit, de re transactum erit* ; il consiste à fournir quelqu'un *qui vocati personam defendet*. Ce texte, étant tiré du livre 1^{er} du commentaire de Gaius sur les XII Tables, se réfère à la période des actions de la loi. On n'en peut douter si l'on remarque que la deuxième exception qu'il mentionne à la nécessité d'obéir sans retard à l'injonction de l'appelant, a trait évidemment au fragment des XII Tables : REM UBI PAGUNT, ORATO ; dans ce passage, donc, le jurisconsulte commentait le texte même de la loi ⁸. Ce tiers, *qui vocati personam defendit*, et dont l'intervention fait relâcher l'appelé qui allait être emmené de vive force, c'est un *vindex* d'après la définition même de Festus : *vindex, ab eo quod vindicat quo minus is qui pressus est ab aliquo teneatur*. C'est un *vindex*, plus sûrement encore, d'après la loi Rubria (*Cap. XXI, in fine*), et d'après les Institutes de Gaius (IV, 46), puisqu'aux termes mêmes de ces textes, c'est en fournissant un *vindex* que l'*in jus vocatus* peut, sans encourir de peine, se dispenser de suivre immédiatement l'appelant ⁹. Ces deux textes, il

Il y eut aussi dès le début, sans doute, des exceptions au droit d'*in jus vocare*. Comme plus tard, les magistrats, le patron, l'ascendant ne peuvent être appelés sans autorisation.

8. En ce sens DIRKSEN, p. 155.

9. Loi Rubria, c. XXI *in fine* : *Quo minus in eum, qui... vindicem locupletem ita non dederit, ob eam rem judicium... is qui jure deicundo praerit, ex h. l. det, nihil rogatur*. — GAIUS, IV, 46 :... *formulae propositae*

est vrai, se rapportent au système formulaire; mais comment douter que l'emploi dans ce système du procédé de la dation d'un *vindex* ait son origine dans le système précédent? L'institution du *vindex*, dont le nom même dénonce le caractère archaïque, est sans contredit d'une haute antiquité et de source civile: si un *vindex* apparaît encore dans l'*in jus vocatio* du temps de Gaius, on peut dire qu'*a fortiori* il y devait jouer un rôle sous la période des actions de la loi; le préteur, pour désigner une institution créée par lui de toutes pièces, n'aurait pas été chercher le nom d'une institution disparue du vieux droit civil qui n'avait avec la nouvelle qu'un rapport lointain, puisque dans le droit prétorien l'emploi de la force par l'*in jus vocans* a fait place à l'exercice d'une action pénale *in factum*¹⁰. Et d'ailleurs, si dans ses dispositions la loi Rubria contient déjà l'application du système formulaire, elle appartient cependant par sa date au commencement de ce système, à une époque de transition où le système des actions de la loi est encore en

sunt, velut adversus eum qui in jus vocatus neque venerit, neque vindicem dederit.

10. L'analogie entre l'*in jus voc.*, telle qu'elle est organisée par les XII Tab. et la *l. a. p. m. inj.* est évidente: dans les deux cas l'*actor*, *m. injiciens* ou *vocans*, réalise lui-même par la force le droit qu'il a d'emmener son débiteur, ou d'amener *in jus* son adversaire. Dans les deux cas, le *vindex* est un tiers qui s'oppose à cet emploi de la force qu'il prétend n'être qu'une violence illégale, *vim esse*, parce que la dette n'existe pas, ou parce qu'il est prêt à garantir la comparution postérieure de l'appelé. Mais l'analogie n'existe plus entre la *man. inj.* et l'*in jus voc.* du droit prétorien: l'appelant ne recourt plus à la force, il a une action *in factum*. Le garant de la comparution, qu'on fournit pour éviter la condamnation à laquelle aboutit cette action, n'est donc plus appelé qu'improprement: celui qui résiste à la violence, *vindex*. Il serait encore plus improprement désigné par le mot *vindex*, si celui-ci signifiait: celui qui montre sa violence. Ce nom n'a pu passer au *vindex* prétorien que parce qu'il continuait le *vindex* du temps des *legis actiones*.

vigueur, et où le droit n'a pas encore reçu l'empreinte profonde que lui imprimera le prêteur. Il serait donc probable, *a priori*, qu'une institution qu'elle mentionnait simplement, comme une institution déjà existante et bien connue, n'était pas nouvelle mais qu'elle avait sa racine dans le droit ancien.

Ce *vindex*, il fallait naturellement qu'il satisfît à certaines conditions de solvabilité : la loi Rubria exige qu'il soit *locuples*. Dès lors, pourquoi ne pas lui rapporter le fragment des XII Tables que nous a transmis Aulu-Gelle : *ASSIDUO VINDEX ASSIDUUS ESTO, PROLETARIO CIVI QUI VOLET VINDEX ESTO* ? C'est ce qu'ont fait sans hésitation, jusqu'à ces derniers temps, les commentateurs ou éditeurs des fragments des XII Tables, depuis Jacques Godefroy jusqu'à Schoell : ils placent ce fragment dans la première table parmi ceux relatifs à l'*in jus vocatio*.

Il est à remarquer cependant que nos anciens auteurs n'avaient pu tirer de la loi Rubria (Cap. XXI), ni des Institutes de Gaius (IV, 46), l'argument si fort qu'ils fournissent. Il leur avait suffi, et c'était assez en effet, de rapprocher de la loi 22, § 1, Dig. *de in jus vocando*, les définitions du *vindex*, et aussi de remarquer que les textes du Digeste exigent du *fidejussor judicio sistendi causa*, qui sans doute était le *vindex* ou avait remplacé le *vindex*, les mêmes garanties au point de vue du crédit que la loi des XII Tables, du *vindex*⁴¹. Il semble que toute espèce de doute devrait dis-

41. Je trouve cette dernière remarque faite par François Baudouin (BALDUINI *Libri duo ad leges Romuli, leges XII Tab. : Lugduni, MCL.*), p. 239. *Ego vero vindicem hic (id est in fragmento ASSIDUO VINDEX...), potius intelligendum esse existimo fidejussorem judicio sistendi causa. Observavi enim in Pandectis nonnulla hujusce rei vestigia (2, qui satisfacere cogantur). Ulpianus ait : Fidejussor judicio sistendi causa locuples jubetur dari, non tan-*

paraître, maintenant que la découverte de la loi Rubria a montré que le *vindex* de l'*in jus vocatio* devait être *locuples*, et qu'il est établi, comme on le verra plus loin, que dans les textes du Digeste, par qui la même qualité est requise du *fidejussor judicio sistendi causa*, ce *fidejussor* est interpolé pour le *vindex*.

Cependant, il est aujourd'hui très vivement contesté qu'en figurant sous la rubrique *de in jus vocando* notre fragment occupe sa place véritable. Déjà Haubold ¹² le renvoyait à la Table III. Dans un passage de son commentaire des XII Tables, qui forme au Digeste le paragraphe 1 de la loi 234 *de verborum significatione* (50, 16), Gaius donnait le sens du mot *locuples* : *locuples est, qui satis idonee habet pro magnitudine rei quam actor restituendam esse petit*. Beaucoup de nos anciens commentateurs rapportaient ce passage au fragment des XII Tables sur le *vindex adsiduus*. Admettant ce rapport, et remarquant que cette définition du mot *locuples* est tirée du livre II de l'ouvrage de Gaius, Haubold en avait conclu que le fragment commenté de la loi appartenait non pas à la Table I, car l'explication en aurait été donnée par Gaius dans son livre I^{er}, mais seulement à la Table III, c'est-à-dire à la série des prescriptions relatives à la *manus injectio* ; il figurerait là à

tum ex facultatibus, sed etiam ex conveniendi facilitate. Deinde subjicit edicti praetoris, ut si quis parentem, liberos, uxorem, nurum in judicium vocet : qualiscumque fidejussor judicio sistendi causa accipiat. Et qualemcumque interpretatur fidejussorem, etiam non locupletem, sicuti in XII Tab. dicitur vindex quivis. Sane si quis propter inopiam in judicio non possit locupletem omninoque idoneum fidejussorem dare, dare posse qualemcumque, saepe traditum est. V. aussi MEISTER(US), Vindex et Vas, p. 285.

12. *Instit. juris rom. privat. hist. dogm. epitome*. Lips, 1821, p. 132, n. 8, et *Epicrisis in Heinec. antiquit.*, § 48. V. aussi HUGO, p. 278.

cause du *vindex* de cette *legis actio*. Ce qui confirme, c'est que dans un passage voisin, devenu le paragraphe suivant de la même loi 234 de *V. S.*, Gaius commentait le mot *vi vere*, sans doute à propos du fragment des XII Tables *SI VOLET SUO VIVITO*, qui est un de ceux relatifs à la *manus injectio*¹³ ; c'est, aussi, qu'un passage qui précédait dans le traité de Gaius l'explication du mot *locuples*, car il est devenu le *principium* de la même loi 234 de *V. S.*, était consacré au mot *hostis*, du fragment *AUT STATUS DIES CUM HOSTE*, qui appartient à la II^e Table : nouvelle preuve que ce n'est pas à l'occasion de la première Table que Gaius définissait le mot *locuples*¹⁴. Mais c'est surtout la découverte des nouveaux bronzes d'Ozuna, en montrant dans le chapitre LXI de la *lex Coloniae Juliae Genetivae*, parmi les prescriptions sur la *manus injectio* visiblement imitées de celle des XII Tables, la disposition *vindex arbitrato II viri locuples esto*, correspondant à l'*ADSIDUO VINDE X ADSIDUUS ESTO* de la loi décemvirale, qui semble avoir déterminé parmi les romanistes un véritable revirement. Les uns placent résolument notre fragment dans la Table III¹⁵, d'autres pensent que si on le laisse dans la Table I, *ne modus citandi turbetur*, il ne faut du moins tirer aucun argument de cette place dans la loi en faveur de l'existence du *vindex* de l'*in jus vocatio*¹⁶ ; les autres semblent hésitants¹⁷.

13. EXNER, *Zeitschr. f. Rechtsges.*, XIII (1878), p. 392, n. 4.

14. DEMELIUS, *Der vindex bei der in jus vocatio* (*Zeitschr. der Savigny Stiftung f. R. G.*, II, 1881), p. 7.

15. EXNER, *loc. cit.*, p. 392. VOIGT, *XII Tafeln*, I, p. 578, n. 20 et p. 701, Wlassak, *Röm. Processgesetze*, p. 402, n. 34.

16. V. DEMELIUS, *Der vindex bei der in jus voc.*, p. 7.

17. V. LENEL, *Beiträge zur Kunde der Edicts* (*Zeitschr. der Sav. Stift.*, II, 1881), p. 48 et n. 90.

Je crois que le fragment *ADSIDUO VINDEX...* doit être maintenu dans la Table I, parmi les prescriptions relatives à l'*in jus vocatio*, parce que c'était sa place véritable dans la loi, et non pas seulement pour éviter de modifier l'ordre de citation ordinairement suivi depuis Dirksen. Mais c'est de l'existence du *vindex* de l'*in jus vocatio* à l'époque des XII Tables qu'il faut conclure à la position de notre fragment dans la Table I, et non pas de la place traditionnellement assignée au fragment dans la loi, à l'existence du *vindex* de l'*in jus vocatio* ancienne.

Cette existence résulte certainement, comme on l'a vu, du rapprochement de la loi 22, § 1, D. *de in jus vocando*, texte emprunté à Gaius, avec le § 46 (IV) des Institutes du même jurisconsulte, le chapitre XXI de la loi Rubria, la définition de Festus et les textes du Digeste qui exigent que le *fidejussor judicio sistendi causa* soit *locuples* ; elle résulte aussi du nom même que porte le *vindex* prétorien, et enfin de l'analogie entre la *manus injectio* et l'*in jus vocatio* ancienne. Elle n'a donc pas besoin d'être prouvée par le fragment des XII Tables dont la place est discutée, mais au contraire, étant admise, elle rend extrêmement probable que le fragment en question appartenait à la Table I.

En effet, s'il y avait un *vindex* jouant un rôle dans l'*in jus vocatio* comme dans la *legis actio per manus injectionem*, et si, dans l'une et l'autre procédure, ce *vindex* devait présenter les mêmes qualités, ce que prouvent d'une part la *lex Rubria* et d'autre part la *lex Coloniae J. Genetivae*, la disposition qui les exigeait devait figurer à propos de l'*in jus vocatio*, dont l'organisation précédait, dans le texte de la loi, celle de la *legis actio per manus injectionem*. On ne comprendrait pas de la part des décemvirs un renvoi, qu'ils

n'avaient d'ailleurs aucun intérêt à faire, à une table suivante. On s'explique fort bien au contraire que, rencontrant encore un *vindex* dans la *manus injectio*, ils se soient tacitement référés à leur disposition antérieure. Ce qui le confirme, c'est qu'Aulu-Gelle, qui nous a fait connaître (XX, I) les dispositions relatives à la *manus injectio* dans leur ensemble presque complet, nous a transmis le fragment sur le *vindex adsiduus* dans un passage différent (XVI, 10)¹⁸.

On objecte que l'explication du mot *locuples* par Gaius appartient certainement au commentaire des prescriptions sur la *manus injectio*, et non à celui sur l'*in jus vocatio*. C'est ce qu'avait déjà remarqué Jacques Godefroy¹⁹,

18. DIRKSEN, *op. cit.*, p. 121. — Si l'on place le fragment ADSIDUO VINDEX parmi les dispositions relatives à la *man. inj.*, il faut que ce soit entre les fragments POST DEINDE MANUS INJECTIO ESTO ET NI JUDICATUM FACIT... (de même que dans la *lex Col. J. Gen.* la disposition *vindex arbitratus* figure entre *judicatique manus injectio*... *liceto et ni vindicem dabit*...) Or, pour l'intercaler ainsi, il faut couper en deux la citation de la loi faite par Aulu-Gelle, qui ne forme qu'un seul contexte, depuis AERIS CONFESSI jusqu'à SI VOLET, PLUS DATO. Il est d'autant plus remarquable que dans tout le passage d'Aulu-Gelle il ne soit pas question du *vindex* que Sextus Caecilius, qu'Aulu-Gelle fait parler, défend cette procédure de l'accusation d'excès de rigueur. Or, le *vindex* était un palliatif à cet excès. On peut expliquer cet oubli en remarquant que la justification de la loi, attribuée à S. Caecilius, est présentée sous la forme d'un commentaire du texte, et en supposant que dans ce texte il n'était pas question du *vindex*. — Enfin, il serait très conforme au mode ordinaire de rédaction de la loi, si concise, d'une part, de n'avoir dans la première table, fait allusion au moyen d'éviter l'*in jus ductio*, grâce à un *vindex*, que par une disposition sur les qualités de ce *vindex*, car souvent au lieu d'une disposition directe on trouve l'indication purement indirecte d'un principe tacitement supposé (v. DIRKSEN, p. 156 et n. 224), — et, d'autre part, dans la III^e table, d'avoir simplement mentionné la possibilité de l'intervention du *vindex*, sans s'expliquer de nouveau sur ce *vindex*.

19. JACOBUS GOTHOFREDUS, *Fragmenta XII Tabularum* (Fontes IV juris civ.). *Notae ad Tab. I.* (sur le mot *assiduus*) : p. 158 :... *Et alio tamen pertinet locupletis definitio (contra quam Cujacio visum) apud Gajum, lib. 2, ad*

et tout ce qu'il faut en conclure avec lui, c'est que le passage de Gaius n'a point été écrit, du moins directement, sur le fragment *ADSIDUO VINDEX*, qui se trouvait vers le commencement de la loi. Ce qui rend d'ailleurs la chose évidente, c'est qu'il définit le mot *locuples* et non le mot *adsiduus* de notre texte. Que Gaius traitant de la *manus injectio* ait eu à rappeler les conditions de capacité du *vindex* et le sens du mot *locuples*, c'est d'ailleurs tout naturel, puisqu'il rencontrait à cet endroit le *vindex* de la *manus injectio*, et que *locuples* était le mot usuel qui avait remplacé *adsiduus*. Tout au plus pourrait-on admettre que la prescription sur le *vindex* de l'*in jus vocatio* était répétée à propos du *vindex* de la *manus injectio*, et que, dans cette nouvelle formule, la loi au lieu du terme *adsiduus* employait le terme *locuples*, qui était au dire de Cicéron parfaitement synonyme²⁰. Si donc la disposition sur les

XII Tab. prodita in l. 234 de V. S. Gajus quippe libro secundo tertiam et quartam horum Tab. interpretatus fuerat. Hoc autem caput (ASSIDUO..) ad primam Tab. pertinere vel ex ipso Gajo jam docuimus: quod et sententia ejus luculenter ostendit. Postremo quis Gajum hoc caput respexisse credat, quid locuples, non quid assiduus sit, definientem!

20. CIC., *Top.*, II, 40 : *notatio, cum ex vi verbi argumentum aliquod elicitur, hoc modo: cum lex (Aelia Sentia) assiduo vindicem assiduum esse jubet, locupletem jubet locupleti; locuples enim est assiduus, ut ait Aelius, ab asse dando.* Je ne puis admettre avec EXNER, *op. cit.*, p. 892, précisément à cause de cette synonymie, que les XII Tab. mentionnassent le *locuples* à côté de l'*adsiduus*, dans un même passage. Je ne crois d'ailleurs pas non plus que la disposition sur les qualités du *vindex* ait figuré deux fois dans la loi, et que le mot *locuples* ait appartenu aux XII Tab. Il est plus récent qu'*adsiduus*. V. AULU-GELLE, XVI : *cum proletarii et adsidui evanuerint omnisque illa XII Tab. antiquitas consopita sit. — Adsiduus in XII Tab. aut pro locuplete et facile munus faciente dictus.*

Les mots *Aelia Sentia* qui suivent dans certains manuscrits le mot *lex* du passage cité de Cicéron, sont supprimés avec raison par DIRKSEN, V, pp. 159-163. L'erreur du copiste, trompé par le mot *Aelius* qui vient un peu plus loin, est manifeste. BALDUINUS les avait supprimés de même ;

qualités du *vindex* ne se trouvait qu'une fois dans la loi, c'était dans l'organisation de l'*in jus vocatio*, et, si elle était deux fois énoncée, c'est à propos de l'*in jus vocatio* qu'elle figurait sous la forme qui nous a été transmise.

Quant à la reproduction par la *lex Coloniae Juliae Genetivae*, parmi les prescriptions relatives à la *manus injectio*, du fragment sur la capacité du *vindex*, elle s'explique parfaitement, soit que ce fragment ait été d'abord reproduit dans la Table III, d'où il aura passé dans la loi de la colonie, soit même qu'il n'ait figuré que dans la Table I, à propos de l'*in jus vocatio* : dans ce cas, il avait une portée générale, et la *lex Coloniae*, ne parlant que du *vindex* de la *manus injectio*, devait rappeler une règle qui lui était applicable²¹. Il n'y a pas de raison, enfin, pour placer notre fragment parmi ceux qui traitent dans les XII Tables de la *manus injectio*, à cause de la disposition de la *lex Coloniae J. Genetivae*, plutôt que parmi ceux relatifs à l'*in jus vocatio*, à cause du passage de la loi Rubria sur le *vindex locuples*, l'existence ancienne du *vindex* de l'*in jus vocatio* étant d'ailleurs établie.

L'accord des auteurs à admettre l'intervention d'un *vindex* dans l'*in jus vocatio*, s'étendit longtemps à la manière de concevoir la nature de cette intervention. On faisait

il avait vu d'ailleurs, dit-il, *loc. cit.*, p. 329, un manuscrit très ancien des Topiques donnant la vraie leçon, c'est-à-dire où les mots *Aelia Sentia* ne figuraient pas. Cela fait tomber le fondement même de la restitution, que proposait J. Godefroy, d'un fragment ainsi conçu : SI ENSIET QUI IN JUS VOCATUM VINDICIT, MITTITO : les lettres qui suivent *lex* dans le passage de Cicéron auraient été des sigles : *cum lex* ET IA SI ENSIET, dans lesquels on aurait lu à tort *Aelia Sentia*, mais signifiant en réalité *cum lex e Tabula prima* : SI ENSIET (QUI IN JUS VOCATUM VINDICIT, MITTITO). Une disposition expresse et directe, on l'a vu, était inutile.

21. LENEL, *Beiträge*, p. 48, n. 90.

consister le rôle du *vindex* en celui d'un représentant judiciaire qui se met à la place du *vocatus*, suit l'appelant *in jus*, et prend à sa charge le procès et ses conséquences ^{21 bis}.

Cette opinion, énoncée et admise notamment par Zimmermann, Keller, Bethmann-Hollweg, Rudorf²², a été récemment soutenue et développée par M. Gauckler²³.

Un raisonnement *a priori* fondé sur le caractère attribué au *vindex* de l'*in jus vocatio* sous la procédure formulaire, conduit M. Gauckler à affirmer que le *vindex*, s'il a existé pendant la période des actions de la loi, n'a pu être qu'un représentant judiciaire. Il faut qu'il soit, en effet, ou bien une simple caution promettant la comparution personnelle de l'appelé, ou bien un représentant endossant les conséquences du procès. M. Gauckler pense établir que le *vindex*, à l'époque du système formulaire, est un représentant judiciaire ; il en résulte qu'il en est un également sous les actions de la loi : « car s'il est possible qu'un représentant puisse plus tard se transformer en une simple caution, l'inverse est inadmissible. En effet, la nécessité de prendre sur soi les suites de l'action est infiniment plus rigoureuse que la responsabilité d'une simple caution : elle doit donc être historiquement antérieure^{23 bis} ».

Reste à savoir si le *vindex* a existé avec ce caractère sous les actions de la loi. Il y a bien des raisons de le

21 bis. Toutefois, HEINECCIUS, *de antiq. rom.*, III, 24, § 4, et MEISTERUS, *vindex et vas*, pp. 288 et 289, considèrent le *vindex*, non comme un représentant, mais comme un fidéjusseur qui libère le *vocatus* en garantissant l'obligation cause de l'appel.

22. ZIMMERN (tr. ETIENNE), *Actions*, § CVIII. — KELLER, *Civ. pr.*, § 46. — BETHMANN-HOLLWEG, *Röm. Civ. priz.*, I, § 32, p. 197. — RUDORFF, *Röm. Rechtsges.*, II, § 63 et n° 12.

23. *Etude sur le vindex* (Nouv. Rev. hist. de dr., 1889), pp. 621 et ss.

23 bis. GAUCKLER, *op. cit.*, p. 690.

croire : non seulement la nécessité ressentie de bonne heure d'éviter les inconvénients de la comparution personnelle, et la solidarité qui, dans les premiers temps surtout, provoque les interventions de répondants, mais encore la substitution du *vindex* au débiteur dans la *manus injectio*, hypothèse bien moins favorable que l'*in jus vocatio* : cette substitution fait, en effet, subir au *manum injiciens*, qui avait droit à l'exécution immédiate, un retard qu'elle ne cause pas à l'*in jus vocans*, qui avait à discuter, et à faire reconnaître son droit : il serait d'ailleurs bizarre qu'elle ne pût avoir lieu qu'à l'issue de la procédure, au moment de l'exécution. Enfin, la loi 22, § 1, D. 2, 4, quoique M. Gauckler la rapporte à l'époque formulaire, lui fournit cependant un argument pour l'époque antérieure, « car, s'il est certain que Gaius ne se borne pas dans ses explications au seul droit des décenvirs, c'est cependant le texte de la loi qu'il commente ». — Il était d'ailleurs naturel que l'appelé pût se faire représenter au procès ; s'il faut voir dans la justice des temps anciens, où tout acte injuste était une offense, l'organisation de la vengeance privée, sans doute l'offensé seul pouvait demander vengeance de l'injure qu'il avait personnellement subie ; mais, quand un tiers prenait la défense de l'offenseur et voulait se substituer à lui, la colère de l'offensé se tournait tout entière contre cet intervenant : en tirant satisfaction de lui, il assouvissait sa vengeance. Le *vindex* a été le premier des représentants judiciaires des défendeurs²⁴.

24. M. Gauckler rattache son opinion sur le caractère du *vindex* à un historique assez arbitraire de la représentation judiciaire à Rome, V, p. 922 et s. Comme il vient d'être indiqué au texte, et comme on le verra plus loin plus en détail, il admet en principe la représentation du défendeur dès l'époque des actions de la loi. Le *vindex* a été le pre-

Cette opinion d'après laquelle le *vindex* est un représentant judiciaire du *vocatus* est, me semble-t-il, tout à fait inadmissible. Tous les auteurs qui la professent se trouvent en contradiction avec la règle certaine qui exclut la représentation des actions de la loi : *nemo alieno nomine lege agere potest*. Il est d'ailleurs absolument impossible de voir dans le *vindex* de l'*in jus vocatio* une exception à la règle, que Justinien aurait négligé de rappeler : si, en effet, tout *vocatus* peut fournir un représentant, c'est que la représentation est possible du côté de la défense, et de la

mier représentant judiciaire. Plus tard, bien que toujours sous le système des actions de la loi, le territoire s'étendant et les absences se multipliant, un tiers put spontanément gérer l'affaire d'un absent en défendant pour lui dans un procès : c'est le *defensor*. Entre le *vindex* et le *defensor* il y a cette différence, que le premier est le représentant constitué conventionnellement, lors de l'*in jus voc.*, par une personne présente, le second est le représentant spontané d'un absent contre lequel un procès doit s'ouvrir. Plus tard encore, apparaît le *procurator*, d'abord gérant, puis mandataire chargé de l'ensemble des affaires d'un absent, mais qui peut, par la suite, n'être que mandataire *ad litem*, et qui dès lors ne présente plus guère de différences avec le *vindex*, et est destiné à l'absorber ; mais cela ne se fera que pendant la période formulaire.

Cet historique me semble avoir des défauts graves : il ne tient qu'un compte insuffisant de la règle *nemo alieno nomine lege agere potest* ; — il présente le *defensor* comme une espèce particulière de représentant, bien que le terme *defensor* s'appliquât à quiconque, comme *cognitor*, *procurator* ou même comme gérant d'affaires spontané (Cic., *ad Attic.*, liv. 16, 13 et v. l. I, D. 3, 5), défendait dans un procès au nom d'autrui ; (v. dans GAIUS, d'une part, IV, 82-85, l'énumération des espèces de représentants, où le *defensor* ne figure pas, et d'autre part, IV, 101, le sens général donné à *defensor*) ; — enfin, il fait complètement abstraction du *cognitor*, sans doute le plus ancien représentant judiciaire, apparu très vraisemblablement sous les actions de la loi, pour les cas exceptionnels où la représentation était permise, et constitué, par formules sacramentelles, par une personne présente pour un procès déterminé. Ce qui explique cette lacune, c'est que le *vindex*, tel que le conçoit M. Gauckler, aurait fait double emploi avec le *cognitor*.

manière la plus large, car on ne peut faire dépendre la possibilité de l'intervention d'un représentant de sa présence accidentelle à l'*in jus vocatio*. La règle serait donc détruite pour moitié.

La contradiction, qui semble inconsciente chez la plupart des auteurs précités, n'a pas échappé à M. Gauckler. Pour l'éviter, il donne de la règle une interprétation nouvelle^{24 bis}.

La règle n'a pas, suivant lui, la portée générale qu'on lui attribue d'ordinaire : prise à la lettre, elle souffrirait d'abord une exception en ce qui concerne le *vindex* de la *legis actio per manus injectionem*. En réalité, elle n'exclut la représentation d'une manière absolue que de la *legis actio sacramenti in rem* et, dans les autres *legis actiones*, que du côté du demandeur. Tout le prouve : la formule même de la règle, d'après laquelle on ne peut *agere*, ce qui s'entend du demandeur, *actor* ; ses motifs : on a vu que la vengeance du demandeur, qu'il s'agissait primitivement de satisfaire, ne souffre pas de la substitution d'un tiers au défendeur, et quant à la nécessité pour le plaidant de prononcer lui-même les paroles solennelles qui affirment l'existence du droit en sa personne, elle ne se comprend, sauf dans l'*actio sacramenti* qui est une action double, que de la part du demandeur ; les exceptions mêmes indiquées par Justinien supposent que le demandeur est représenté, ce qui tend à prouver que la règle ne s'applique qu'au demandeur.

Je suis convaincu qu'il faut conserver à la règle sa portée générale.

Elle est formulée dans les termes les plus larges et les

^{24 bis} P. 632 et s.

plus exprès et par Gaius, et par Ulpien, et par Justinien²⁵. Il n'est point exact qu'elle reçoive une atteinte dans sa généralité par suite du rôle du *vindex* dans la *legis actio per manus injectionem* ; le *vindex* de la *manus injectio*, on l'a vu, au moins dans son procès avec le *manum injiciens*, n'est point un représentant : il s'agit pour lui de savoir s'il est obligé par suite d'un délit ; il plaide sa propre affaire, *pro se agit*.

De plus, si *agere* dans la triple formule qui nous a été transmise a le sens restreint que l'on suppose, comment comprendre que rien n'indique une limitation ? Une indication serait d'autant plus nécessaire qu'*agere* a, sinon toujours, du moins le plus souvent, le sens général d'ester en justice, soit comme demandeur, soit comme défendeur, surtout dans le terme *lege agere*, qui signifie procéder suivant les formes anciennes des *legis actiones*. Enfin, Justinien affirme expressément que l'on ne pouvait pas plus défendre par représentant que demander : *alieno nomine neque agere neque excipere actionem licebat*. M. Gauckler l'accuse d'ignorance ; l'accusation peut paraître légère.

Parmi les exceptions, il en est qui comportent aussi bien le rôle de défendeur que celui de demandeur, par exemple quand un tiers plaide *pro libertate*. L'argument tiré du caractère des exceptions ne serait d'ailleurs pas péremptoire.

Quant aux motifs de la règle, on ne saurait d'abord en trouver un dans le soin de procurer la vengeance de l'offensé. Si l'on peut soutenir que l'offensé, ayant reçu satisfaction d'un tiers, a dû par là apaiser sa vengeance, il n'est

25. GAIUS, IV, 82.— ULPPIEN, l. 14, *ad Edict.* (L. 123, D. *de reg. jur.*, 50, 17). — JUSTINIEN, *Inst. pr. de his per quos*, IV, 40. V. plus haut.

pas moins vrai de dire qu'on peut fort bien se charger de venger une injure qu'on n'a pas personnellement subie. Dans les pays où la vengeance privée est encore dans les mœurs, rien n'est plus fréquent que de voir des parents ou des amis épouser une querelle qui leur est personnellement étrangère. Si la règle n'avait pas d'autres motifs, elle ne devrait exister pas plus du côté du demandeur que du défendeur. Le véritable motif de la règle, c'était la nécessité où étaient les intéressés de prononcer les paroles solennelles exprimant leur situation juridique ; il n'y avait dès lors aucune raison pour que le défendeur, plutôt que le demandeur pût, se substituer un tiers pour la prononciation de la formule qui exprimait sa prétention dans le conflit juridique, et cela, même s'il s'agissait d'une action *in personam* : pourquoi l'affirmation d'une créance devrait-elle être attachée à la personne du demandeur, plutôt que la négation à celle du défendeur ? M. Gauckler est obligé de reconnaître que dans l'*actio sacramenti in rem*, on ne pouvait distinguer entre les deux parties, et que par conséquent il ne pouvait intervenir de représentant d'aucun côté : aveu précieux à retenir : le *vindex*, ce représentant à la physionomie archaïque, n'aurait donc pu intervenir précisément dans l'une des plus anciennes et sans doute dans la plus importante des actions de la loi ! C'est restreindre singulièrement le rôle du *vindex* ; c'est dire que l'on n'a pu, dans bien des cas, éviter les inconvénients de l'*in jus vocatio* ; c'est introduire enfin une distinction impossible en pratique, car rien absolument ne prouve que l'*in jus vocans* dût indiquer quelle action il entendait exercer *in jure*²⁶.

26. Au contraire, v. PLAUTE, *Persa*, IV, 9, 3 : S. Age, *ambula in jus, leno*.

Je crois donc qu'il faut s'attacher à la règle *nemo alieno nomine lege agere potest*, l'une des plus sûres qui nous aient été transmises sur le droit des actions de la loi, et lui donner le sens général qu'elle comporte. En conséquence, il suffirait de cette raison pour faire repousser sans hésitation la doctrine qui voit dans le *vindex* de l'*in jus vocatio* un représentant judiciaire.

Cette doctrine devrait être rejetée aussi pour des raisons d'ordre pratique. Elle fait du *vindex* une institution mal appropriée à son but et d'une incroyable lourdeur. Il s'agit de dispenser le *vocatus* d'obéir immédiatement à la citation : pour cela on n'aurait pas trouvé d'autre moyen que de le dépouiller du droit de diriger lui-même sa défense²⁷ ! Bien plus, on lui eût imposé comme représentant le premier venu, un de ceux que le hasard rend témoins de l'*in jus vocatio* ! Chez un peuple à tendances processives et où les individus sont habitués à agir par eux-mêmes, comme les anciens Romains, le remède aux inconvénients de l'*in jus vocatio* eût été jugé pire que ces inconvénients mêmes. Dans la *manus injectio*, le saisi voit bien un tiers se substituer à lui, (si l'on considère le résultat), mais il ne saurait s'en plaindre ; il ne peut que gagner à l'intervention, puisqu'il est tenu pour condamné et qu'il ne peut se défendre lui-même. Puis, comment aurait-on exigé que l'un des assistants, seulement pour épargner au *vocatus* la gêne ou l'ennui d'aller *in jus* immédiatement, consentit à se charger de l'affaire sans la connaître, et s'exposât, en ignorant les chances, à une condamnation souvent impossible

—D. *Quid me in jus vocas ?*—S. *Illic apud Praetorem dicam, sed ego in jus voco.* — D. *Nonne antestaris ?*... V. KELLER, § 46, n. 533.

27. V. LENEL, *Beiträge*, p. 49.

même à évaluer à l'avance. Pour le *vindex* de la *manus injectio*, il s'agit de sauver au *prensus* la liberté ou la vie ; de plus, l'affaire est simple et notoire, et le *manum injiciens*, dès le moment de la saisie extra-judiciaire, comme quand il la renouvellera *in jure*, proclame le chiffre de sa créance. Enfin, ce qui prouve que la représentation par le *vindex* était impossible, une fois le *vocans* et le *vindex* arrivés devant le magistrat, comment le débat eût-il pu s'organiser entre ces deux parties, dont l'une, venant d'être prise au hasard quelques instants auparavant, ne sait rien du tout de l'affaire ? On pourrait comprendre, à la rigueur, qu'on n'eût pas admis dans l'ancien droit de moyen de se soustraire, grâce à l'intervention d'un tiers, à l'obligation de suivre sur-le-champ l'appelant ; on ne saurait s'expliquer que l'intervenant représentât le *vocatus*.

Aussi, si l'on excepte la tentative de M. Gauckler pour la remettre en honneur, la théorie précédemment exposée et combattue, était en général abandonnée. Une autre lui avait été substituée, conciliable avec le principe de la non-représentation, très simple et d'autant plus séduisante qu'elle rendait unique le rôle du *vindex* dans les deux procédures de la *legis actio per manus injectionem* et de l'*in jus vocatio*. Puchta, Unger, Ihering, Karlowa, l'ont présentée et défendue²⁸.

Suivant eux, l'appelé qui résiste à l'*in jus vocans* est

28. PUCHTA, *Instit.*, II, § 160. — UNGER, *der Process mit dem Vindex* (*Zeitschr. f. Rechtsgesch.*, VII, 1868), p. 205 et s. — IHERING, *Esprit*, I, p. 159 et 160, 169. — KARLOWA, *Legis aktionen process.*, § 40, pp. 321 et s. — En ce sens aussi WACH, sous KELLER, *Civilpro.*, n. 533 et MUIRHEAD, *Introd. hist.*, p. 238 et n. 7. — BEKKER, *proc. Consumptio*, p. 169, semble hésitant entre cette théorie et la précédente. Comp. KUSCHKE, *Multa*, p. 399, n. 128, dont la pensée semble assez peu claire.

considéré comme en aveu ; tenu dès lors pour condamné, *pro damnato*, il est soumis à la *legis actio per manus injectionem (pro judicato)*. Il ne peut donc se défendre lui-même, et n'est délivré que grâce à l'intervention d'un *vindex*. Le *vindex* qui intervient à propos de l'*in jus vocatio*, est, d'après cela, le *vindex* de la *manus injectio*.

Rien de plus raisonnable, dit-on pour justifier cette opinion : l'adversaire qui refusait de soumettre le différend à l'examen du juge, « se condamnait lui-même, car pour-quoi refuser, s'il était convaincu de son droit ? Il prouvait qu'il n'avait pas confiance en la justice de sa cause, et ce n'était pas lui faire une injustice, à lui qui mettait son adversaire dans l'impossibilité d'obtenir une décision, que de considérer son refus comme l'aveu indirect de son tort »²⁹.

De plus, c'est seulement ainsi que l'on peut rendre compte de toutes les prescriptions de la loi des XII Tables sur l'*in jus vocatio*. Au cas où le *vocatus* ne donne pas suite à l'appel, la loi distingue deux sanctions, *CAPITO* et *MANUM ENDOJACITO*. L'éloge de l'*elegans et absoluta brevitats verborum* que S. Caecilius Africanus décerne aux décemvirs, d'après Aulu-Gelle³⁰, paraîtrait très exagéré si *MANUM ENDOJACITO* n'avait été qu'une simple répétition de *CAPITO* qui précède. Aussi *MANUM ENDOJACITO* est-il lié à d'autres hypothèses que *CAPITO*. Si l'appelé ne suit pas de bonne volonté, le demandeur doit d'abord se saisir de lui, *capere*. Ce n'est que si celui qui a été ainsi appréhendé au corps, oppose de la résistance ou essaie de fuir, que la *manus injectio* doit trouver place. Cette *manus injectio* marque

29. IHERING, *Esprit*, I, p. 169.

30. *Noct. Attic.*, XX, I.

donc un degré nouveau dans la procédure. *CAPITO*, sanction du simple *non ire* autorise l'emploi de la force, la contrainte physique ; *MANUM ENDOJACITO* désigne un *nomen juris*, une contrainte de droit qui s'ajoute à l'autre : elle n'est pas un simple acte de violence non solennel, répétition de celui qui a déjà eu lieu, mais un acte juridique solennel : c'est la *legis actio per manus injectionem*, qui dépouille le défendeur tenu *pro damnato* du droit de se défendre lui-même, et ne lui laisse à espérer que l'intervention d'un *vindex*, intervention impossible avant la *manus injectio*. D'ailleurs, les mots *MANUM ENDOJACITO* sont certainement employés dans un sens technique que cette interprétation seule leur donne.

Cette doctrine semblait prévaloir lorsque, dans deux articles, l'un de M. Demelius, l'autre de M. Lenel, parus simultanément dans la même revue, elle fut soumise à un examen critique qui en démontra complètement l'inanité³¹.

Il faut remarquer d'abord que le rôle du *vindex*, d'après cette théorie, est inconciliable avec ce que Gaius nous apprend du rôle du *vindex* de l'*in jus vocatio*. L'intervention du *vindex*, d'après Gaius, a pour effet, et sans aucun doute pour but, de dispenser l'appelé de comparaître immédiatement en justice : *vocatus... dimittendus est*. Au contraire, si l'appelé récalcitrant était soumis à la *legis actio per manus injectionem*, il faudrait que lui aussi fût présent devant le magistrat, puisque c'est *in jure* que devrait se produire l'intervention qui le ferait relâcher.

31. La *Zeitschrift der Savigny Stiftung f. Rechtsges.*, II, 1881 : DEMELIUS, *Der vindex bei der In Jus Vocatio*, p. 1 et ss. — LENEL, *Beiträge zur Kunde des Edicts u. der Edict commentare*, II, § 8, p. 43 et ss.

32. V. DEMELIUS, *op. cit.*, p. 45.

Ce qui jette encore un doute sur l'interprétation que l'on donne à *MANUM ENDOJACITO*, c'est que la loi, quand elle établit la *legis actio per manum injectionem* contre le *judicatus* et le *confessus*, s'exprime tout autrement et avec bien plus de précision : *XXX DIES JUSTI SUNTO. POST DEINDE MANUS INJECTIO ESTO. IN JUS DUCITO. NI JUDICATUM FACIT AUT QUIS ENDO EM JURE VINDICIT, SECUM DUCITO*. N'est-ce pas déjà une raison de croire que dans la *MANUM ENDOJACITO* de la première table, il ne s'agit aucunement de l'action de la loi organisée si minutieusement dans la Table III ? Et pourquoi, à la première application qui se rencontrait de cette procédure, ce renvoi, qui surprendrait vraiment de la part des décenvirs : « Voir ci-dessous pour les détails »³³ ?

Puis, chez les auteurs anciens, où l'on rencontre de nombreux exemples de la menace d'amener de vive force l'appelé *in jus*, et de l'emploi même de la force, on ne trouve nulle part la *legis actio per manus injectionem* indiquée même comme possible³⁴.

C'est qu'en réalité elle ne l'était pas. La *legis actio per manus injectionem* nécessitait la déclaration de la somme d'argent déterminée pour laquelle on l'exerçait, et cette déclaration devait sans doute être faite dès le moment où la *manus injectio* extrajudiciaire même était opérée. Quand il s'agissait d'une *in jus vocatio* en vue d'une *actio in rem*, ou d'une *actio in personam* portant sur autre chose qu'une somme d'argent déterminée³⁵, pour quelle somme

33. DEMELIUS, *cit.*, p. 12.

34. LENEL, *op. cit.*, p. 50 et n. 93.

35. Il n'était pas nécessaire dans l'*in jus voc.*, à ce qu'il semble, de désigner le droit que l'on entendait faire valoir (V. n. 25) ; aurait-il donc dépendu de l'appelant de faire de toute prétention qu'il lui eût plu, la base de la *m. injectio* ? V. LENEL, *cit.*, p. 50 et n. 94.

aurait eu lieu la *legis actio per manus injectionem*? Il aurait fallu, pour qu'on pût en venir à cette *manus injectio*, qu'on la fît précéder d'une *litis aestimatio*. La procédure contre celui *qui calvitur pedemve struit*, apparaît cependant comme destinée à empêcher immédiatement de nuire la résistance et la tentative de fuite de l'appelé. Comment intercaler là un *arbitrium liti aestimandae*? Avant qu'il y ait place pour une *litis aestimatio*, il faut faire parvenir le *vocatus* devant la justice. C'est à bon droit que Wach, qui d'ailleurs croit que l'on peut trouver de bonnes raisons en faveur de l'opinion que nous combattons, désigne la *litis aestimatio* préalable comme une « conséquence nécessaire et qui n'est pas sans offrir de difficultés » de cette même opinion. Il serait d'ailleurs bizarre que tandis que l'absence de défense dans la *legis actio in rem* procurait à l'*actor* la propriété de la chose revendiquée, le *calvi pedemve struere*, qu'on assimile à l'avou, fît aboutir l'affaire à une condamnation pécuniaire³⁵.

N'est-il pas, de plus, impossible qu'une loi, qui comme celle des XII Tables visait dans toutes ses dispositions à une extrême précision, ait pu faire dépendre de conditions aussi vagues que *SI CALVITUR PEDEMVE STRUIT*, la perte si grave du droit de se défendre? N'est-il pas bien clair, si l'on songe à ce qui se passait en pratique, que l'une ou l'autre des conditions alternatives du *MANUM ENDOJACITO* devait se réaliser, dans la plupart des cas peut être, comme une conséquence naturelle de l'appel? Personne ne se laisse volontiers surprendre par une sommation de suivre immédiatement en justice. Pour un demandeur quelque peu

36. DEMELIUS, *op. cit.*, p. 94.

habile ce n'eût été qu'un jeu d'amener l'appelé à *morari et frustrari*, car c'est ce qu'il faut entendre d'après Gaius par *calvi*, et de se le livrer ainsi lié³⁷.

Surtout, quel serait l'objet du débat entre l'appelant et le *vindex* dans cette *manus injectio*? Le débat entre l'*injiciens* et le *vindex* porte, nous l'avons vu, sur le point de savoir si le *vindex* est coupable d'avoir empêché la saisie, ou, ce qui revient au même, sur le point de savoir si la *manus injectio* est légitime. S'il en est ainsi, il n'y aurait qu'un seul objet de contestation possible entre l'appelant et le *vindex* : la question, si le demandeur a entrepris l'*in jus vocatio* et s'il y a à reprocher à l'appelé un *calvi* ou un *pedem struere* ; car ce sont là les conditions légales du *MANUM ENDOJACITO*, et non pas le fond même de la prétention du demandeur, qu'il n'y aurait pas lieu d'examiner, puisque le *vocatus* serait tenu pour *confessus*. Tout au plus le passage *SI MORBUS AEVITAS VE VITIUM ESCIT, QUI IN JUS VOCABIT JUMENTUM DATO* et les autres dispenses légales pourraient-ils donner lieu à un débat plus large, mais d'où toute incursion sur le fondement de la demande serait toujours exclue. La victoire du demandeur sur le *vindex* serait donc presque toujours décidée dès le début. Si cette conséquence paraît inadmissible, il faut condamner l'opinion d'après laquelle *MANUM ENDOJACITO* autorise la *legis actio per manus injectionem*³⁸.

Rien, en réalité, n'impose cette opinion. On invoque la distinction qu'il faut établir entre *CAPITO* et *MANUM ENDOJACITO*, sans laquelle le second terme n'est qu'une répétition incompréhensible du premier, et la nécessité où l'on est par

37. GAIUS, l. 233 pr. de V. S. LENEL, *cit.*, p. 50.

38. LENEL, *cit.*, p. 51.

conséquent d'opposer *manum endojacere*, comme contrainte de droit, à *capere*, comme contrainte de fait. Sans doute, ces mots désignent deux degrés distincts de la procédure, ils marquent une gradation dans son énergie. Mais *CAPITO* n'indique en aucune manière l'emploi de la violence : *capere*, c'est un acte formel, symbole de l'arrestation, qui doit précéder l'emploi effectif de la force, que désigne *manum injicere*. Le *vocatus* ne veut-il pas donner suite à l'appel, le demandeur, après avoir pris à témoins les assistants, le met en état d'arrestation : pour cela, il le saisit, *capit*. Cependant, il dépend encore en ce moment du *captus* d'éviter la violence en suivant l'appelant. Mais s'il essaie de gagner du temps frauduleusement ou de fuir, l'emploi immédiat de la force se trouve légalisé par l'acte formel de la *captio*. Cet acte est le symbole d'une contrainte de droit. Si la contrainte de droit ne suffit pas, on en vient à la contrainte de fait, *manum injicere* ou *trahere*³⁹. Ce qui prouve que *CAPITO* n'indique pas l'emploi de la force, autorisé seulement par *MANUM ENDOJACITO*, c'est que parmi les hypothèses dans lesquelles il est permis de recourir à la violence, si *CALVITUR PEDEMVE STRUIT*, on ne prévoit pas la résistance active, qu'il aurait fallu cependant surtout attendre en présence d'une violence effective déjà mise en œuvre⁴⁰. Le *trahere ad praetorem* apparaît ainsi comme soumis à des conditions juridiques déterminées, l'*antestatio*, l'acte formel d'arrestation, la tentative

39. MEISTERUS, *op. cit.*, pp. 275 et s. — DEMELIUS, pp. 9 et 10. — LENEL, p. 52. D'après le droit anglais l'arrestation devient d'abord efficace *by corporeal seizing or touching the defendants body*. Comp. BLAKSTONE, III, ch. 19. RUETTIMANN, *Engl. C. P.*, § 192. Ordinairement elle a lieu par un coup frappé sur l'épaule. L'emploi de la force ne suit qu'en cas de tentative de fuite ou en cas de résistance. L'analogie est frappante.

40. LENEL, *cit.*, p. 52.

de fuite ou de temporisation frauduleuse. Seulement, par exception, ainsi que nous le savons par Plaute, le meilleur témoin assurément qu'on puisse avoir pour de telles affaires qui se passaient dans la rue et n'allaient pas sans tapage, pour certaines personnes peu dignes de ménagements et soupçonnées de vouloir s'enfuir, telles que les voleurs manifestes, les *lenones*, on faisait abstraction des conditions légales et au lieu d'*in jus vocare*, on avait de prime abord recours au *trahere ad praetorem*⁴¹. N'est-ce pas là une raison de croire que cette dernière mesure était la sanction suprême du droit de faire venir en justice ? N'est-il pas naturel de penser que celui qui *calvebatur pedemve struebat* s'exposait, en se conduisant ainsi, à n'être plus traité en personne respectable et tombait au *prendi* ou à l'*ad praetorem trahi*, et que c'est précisément ce qu'indique la loi par *MANUM ENDOJACITO* ? Nous avons même un passage de Plaute dans lequel on menace de *prehendere* en montrant cette mesure comme une conséquence du fait de ne pas suivre de bonne volonté⁴². Un passage d'Aulu-Gelle montre aussi *capere* et *prehendere* employés évidemment comme synonymes du *capere* et du *manum injicere* de la loi⁴³.

Le *capere*, regardé comme un acte solennel, s'explique comme un élément essentiel de la procédure de l'*in jus vocatio*, ce qui concorde avec le texte de la loi ; il est, au contraire, très difficile de justifier son rôle, si la *legis actio*

41. Pour les sources V. Ztschr. f. R. G., I, 362 et s.

42. PLAUTE, Poen., V, 4, v. 60 : (Ne) moramini, in jus vos voco, nisi honestius prehendi.

43. AULU-GELLE, XIII, 13 : Non pauci igitur existimabant, jus vocationis in eum (quaestorem) praetori non esse, quoniam magistratus populi romani procul dubio esset et neque vocari, neque, si venire nolle, capi atque prendi posset. — DEMELIUS, pp. 10 et s. — LENEL, p. 52.

per manus injectionem a été donnée contre l'appelé récalcitrant. Si, en dehors des cas de jugement et de *confessio in jure*, notamment au cas où l'appelé n'obéit pas à l'*in jus vocatio*, on avait voulu munir la demande de la force exécutoire, on aurait fait dépendre cette transformation de l'action du simple refus constaté de suivre l'appelant en justice, et non pas de la tentative de fuite après la *captio*. Dans le refus de suivre en justice on aurait pu, à la rigueur, être tenté de voir, comme dans le refus *in jure* de soutenir la lutte, un abandon du droit de contradiction, et, par suite, de fonder sur lui l'introduction de la procédure d'exécution ; mais alors l'emploi de la force n'aurait pas trouvé place entre le refus constaté et la *manus injectio*. Qu'on en vienne au *capere* contre qui refuse de suivre, cela prouve qu'il s'agit là d'une contrainte de droit qui éventuellement devient une contrainte de fait. Plus tard, on donna, au lieu du *manum injicere* et du *capere* préalable, un autre moyen de contrainte, une action pénale *in factum*, *adversus eum qui in jus vocatus neque venerit, neque vindicem dederit* ⁴⁴. Si cette action pénale avait été substituée à la *legis actio per manus injectionem* tombée en désuétude, elle aurait été subordonnée, comme cette *legis actio*, à la condition *si calvitur pedemve struit*, et non à la simple condition *si non venerit, si non ierit*. Et tandis que l'on s'explique fort bien que la contrainte physique, qui n'était pas toujours facile à exercer, et l'acte formel qui la préparait et la légalisait, aient fait place à un moyen de contrainte plus pratique, on ne voit aucune raison pour que le droit postérieur ait cessé

44. GAIUS, IV, 46.

de traiter l'appelé récalcitrant comme un *confessus* ou un *judicatus* ⁴⁵.

Cependant, il est invraisemblable, dit-on, que *MANUM ENDO JACITO*, dans la loi, ne soit pas un terme technique. Mais *manum injicere* est un terme technique général pour désigner la prise de corps en vue d'entraîner le saisi de vive force. C'est ainsi qu'il comprend la *ductio in jus* violente du *fur manifestus* ⁴⁶, la *manus injectio* sur l'esclave à revendiquer ⁴⁷, les *manus injectiones* réservées conventionnellement pour certains cas dans les ventes d'esclaves ⁴⁸, toutes applications où il n'y a pas de *legis actio per manus injectionem*. La *legis actio per manus injectionem* n'est qu'un cas de *manus injectio*. On retrouve encore dans une constitution de Honorius et Théodose de l'an 416 ⁴⁹, *manus injectio* employée comme terme technique dans le sens de *ductio* opérée de vive force : *generali lege sancimus, ut, si quis suum decurionem curiae vindicare maluerit, si praesidis desit copia, eundem manus injectione concessa sciat ad examen cognitoris resultantem esse deducendum*. « Une *manus injectio* contre le *resultans* ! Ne croit-on pas entendre le *SI PEDEM STRUIT* des XII Tables ⁵⁰ ? » Il ne s'agit donc pas dans notre système d'un emploi non technique du mot : celui-ci a un sens technique large et un sens technique

45. DEMELIUS, *cit.*, pp. 10 et 11.

46. Elle aboutissait à une action pénale (*verberatio, addictio*). TAC., 11, 6, *in fine*.

47. LIV. 3, 44. V. BRISSON, *de formulis*, V, c. 19.

48. *Fr. Vat.*, § 6. L. 10, § I, D. *de inj. voc.*, 2, 4. L. 9, D. *de serv. export.*, 16, 7. L. 20, § 2, *de manumiss.* (40, 10). V. encore QUINTIL., *Instit.*, VII, 7. 9. OVID., *Heroid.*, VIII, 16. — V. RUDORFF, *Röm. Rechtsges.*, II, § 24, p. 56, Rem. I. DEMELIUS, *cit.*, p. 12. LENEL, *cit.*, p. 52 et n. 98.

49. C. 54, C. *de decur.* (10, 31).

50. LENEL, p. 53.

étroit. Il semble même que le terme technique usité pour autoriser l'exercice de la *legis actio per manus injectionem* soit autre que *manum injicere* ou *endojacere* employé à l'impératif. Dans tous les cas, en effet, où nous voyons d'une façon certaine cette *legis actio* accordée par un texte législatif, c'est par les mots *manus injectio esto* : il en est ainsi dans le règlement de l'exécution contre le *judicatus* et le *confessus* contenu dans les XII Tables, dans la *lex Coloniae Juliae Genetivae* au chapitre LXI, dans l'inscription de Luceria et dans le sénatus-consulte *de pago Montano*⁵¹.

Enfin, loin que la résistance à l'*in jus vocatio* soit, comme on a prétendu l'établir, l'équivalent en raison de l'aveu en justice, il est bien évident qu'il est tout différent, au contraire, de faire difficulté d'abandonner toute occupation pour suivre immédiatement un appelant qui se présente inopinément, et de reconnaître *in jure* le bien fondé de la prétention de l'adversaire.

On ne peut donc reconnaître dans le *vindex* de l'*in jus vocatio*, le *vindex* de la *manus injectio*. D'autre part, il n'était pas un représentant. Qu'était-il donc ?

Il n'était rien, concluent M. Demelius et M. Voigt⁵² : il n'y avait pas de *vindex* intervenant dans l'*in jus vocatio* à l'époque des actions de la loi.

Sur quoi, en effet, repose la croyance à l'existence de ce *vindex* : sur le fragment des XII Tables ADSIDUO VINDE AD-SIDUUS... que l'on place dans la Table I et que l'on rapporte à la matière de l'*in jus vocatio*, et sur le passage du commentaire des XII Tables de Gaius (L. 22, § I, D. 2, 4) :

51. LENEL, pp. 49-50.

52. DEMELIUS, *cit.*, p. 6 et ss. VOIGT, *Vadimonium*, n. 203, et *XII Tafeln*, I, § 578, n. 20.

qui in jus vocatus est... dimittendus est, si quis ejus personam defendet.

Or, le fragment des XII Tables appartient à la Table III et se rapporte au *vindex* de la *legis actio per manus injectionem*⁵³. Quant au passage de Gaius, il indique un point du droit de l'époque classique que le jurisconsulte expose à propos des dispositions des XII Tables. Ce *defensor personae* dont il parle, c'est un *fidejussor iudicio sistendi causa*, suivant M. Demelius, un *procurator*, suivant M. Voigt⁵⁴. D'après l'une comme d'après l'autre opinion, c'est un représentant, qui répond de l'objet du débat et qui prend sur lui le procès, au moins éventuellement. Il ne peut donc remonter à l'époque des actions de la loi. Nous savons par les Institutes de Gaius, (IV, 46), et par la loi Rubria, (XXI), qu'il est appelé *vindex*; ce n'est pas surprenant : il préserve le *vocatus* de la violence qui le menace, et par là il rentre dans la définition de Festus ; de plus, d'après l'Édit, il doit être *pro rei qualitate locuples*, ce qui établit une analogie nouvelle avec l'ancien *vindex adsiduus* de la *manus injectio*⁵⁵.

Cette solution radicale me semble inexacte. Je n'ai pas à reproduire les arguments, déjà exposés, qui me paraissent établir l'existence du *vindex* de l'*in jus vocatio*. Je rappellerai seulement que, si l'on ne peut, à la vérité, invoquer en faveur de cette existence le fragment ADSIDUO VINDEX., il faut au contraire tenir pour acquis que le passage de Gaius (L. 22, § 1) tiré de son commentaire des XII Tables,

53. DEMELIUS et VOIGT, *loc. cit.*, invoquent la *lex Coloniae Juliae Genetivae* et les arguments, déjà indiqués, que l'on peut tirer de la loi 234 de V. S.

54. VOIGT, *loc. cit.* DEMELIUS, p. 8.

55. DEMELIUS, pp. 8 et 9.

qui paraphrasait certainement le texte de la loi décenvirale, faisait allusion à une institution du droit ancien, et que cette institution était celle du *vindex*, car on retrouve cette institution originale dans le droit prétorien qui ne l'eût pas créée de toutes pièces et ne l'eût pas désignée d'un nom archaïque, emprunté à une institution disparue et ne présentant qu'une analogie lointaine⁵⁶. Enfin, il est inadmissible qu'on ait attendu jusqu'à l'époque classique pour remédier aux inconvénients choquants de l'*in jus vocatio*⁵⁷.

La négation de l'existence du *vindex* de l'*in jus vocatio* à l'époque ancienne a d'ailleurs pour principal fondement, cela n'est pas douteux, la difficulté qu'il y a à assigner à ce *vindex* un rôle qui ne soit ni celui d'un représentant judiciaire, ni celui du *vindex* de la *manus injectio*. Il suffit donc, pour ruiner la théorie de M. Demelius et de M. Voigt, de montrer quel était ce rôle.

C'est ce qu'a fait M. Lenel, à qui j'emprunte les traits de l'esquisse qui suit⁵⁸.

Au moment où l'appelant va entraîner le *vocatus*, le *vindex* s'oppose à l'emploi de la force, en déclarant qu'il s'engage à produire dans l'avenir le défendeur en justice. Par là il justifie son nom : il est celui qui déclare qu'il

56. V. n. 10. Dans le droit prétorien l'emploi de la force est remplacé par l'exercice d'une action pénale *in factum*. GAIUS, IV, 46. DEMELIUS, p. 5 et n. 9, p. 9, affirme, il est vrai, qu'en droit prétorien on peut encore user de violence, et il invoque GAIUS, IV, 183. Mais ce passage du *manus crit* de Vérone est illisible et ne peut fournir que de pures hypothèses. En tout cas, l'emploi de la force n'était pas selon l'esprit du droit prétorien qui donne pour le remplacer l'*actio in factum*, et il n'était certainement guère usité en pratique.

57. LENEL, *cit.*, p. 48.

58. LENEL, *op. cit.*, pp. 53 et 54.

y aurait violence, *qui vim dicit*, et qui s'oppose à cette violence, et il rentre dans la définition de Festus : *vindicat quominus qui pressus est, teneatur* ; par là, il mérite aussi d'être appelé par Gaius (L. 22, § 1, D. 2, 4) *defensor personae*.

Sans doute, il doit suivre le demandeur *in jus* ; *in jure*, le demandeur énonce sa prétention en forme solennelle ; dans une forme également solennelle, le *vindex* promet la production future du défendeur, peut-être dans un délai légalement déterminé.

Au cas où il n'exhibe pas le défendeur, le *vindex* peut sans doute être mis en état d'arrestation par le demandeur, ce qui est le sort du défendeur qui ayant comparu une première fois ne peut fournir les garants d'une comparution nouvelle, *vades*. Pour se délivrer, il peut, soit procurer la comparution du défendeur, soit satisfaire le demandeur.

Ainsi conçu, le rôle du *vindex* ne se trouve en opposition avec aucun principe. Le *vindex* n'est pas un représentant judiciaire puisqu'il ne se charge pas de l'affaire du défendeur ; c'est en son nom qu'il s'engage.

Mais il n'a été émis jusqu'à présent qu'une simple affirmation. La justification sera très brève et très facile, après l'étude, qui va suivre, du rôle du *vindex* sous la période formulaire.

CHAPITRE II

LE VINDEX DANS LE SYSTÈME FORMULAIRE.

C'est au système formulaire que se rapportent les deux seuls textes que nous possédions mentionnant expressément le *vindex* de l'*in jus vocatio*.

1° Le chapitre XXI, *in fine*, de la *lex Rubria de Gallia Cisalpina*¹ : *quo minus in eum, quei ita vadimonium Roman ex decreto ejus, quei ibi jure deicundo praerit, non promeiserit aut vindicem locupletem ita non dederit, ob eam rem judicium recuperationem is, quei ibei jure deicundo praerit, ex. h. l. det judicarei que de ea re ibei curet, ex h. l. nihilum rogatur*. — D'après ce texte, les magistrats municipaux, bien qu'incompétents pour certains procès², peuvent forcer le défendeur appelé devant eux à fournir la promesse de comparaître à Rome devant le magistrat compétent ou à donner un *vindex*.

2° Le paragraphe 46, *in fine*, du commentaire IV des Institutes de Gaius : *ceterae quoque formulae quae sub titulo DE IN JUS VOCANDO propositae sunt, in factum conceptae sunt : velut adversus eum qui in jus vocatus neque venerit neque vindicem dederit, item contra eum qui vi exemerit eum qui in jus vocaretur, et denique innumerabiles ejus modi aliae formulae in albo proponuntur*. D'après ce texte, le moyen d'échapper à l'obligation de suivre *in jus* l'appe-

1. V. GIRARD, *Textes*, pp. 63 et ss.

2. En général, au-dessus du taux de 15.000 sesterces.

lant sans s'exposer à une action pénale prétorienne, c'est de fournir un *vindex*.

Si peu explicites qu'ils soient, ces textes sont extrêmement précieux, surtout le dernier. Outre qu'ils prouvent incontestablement l'existence du *vindex* à l'époque formulaire et sa présence dans le titre de l'édit DE IN JUS VOCANDO, ils permettent de rétablir des textes interpolés au Digeste, qui primitivement se rapportaient au *vindex*. C'est M. Lenel qui a, sinon découvert, du moins établi d'une manière certaine ces interpolations et qui en a tiré les conséquences ; il ne reste guère, au sujet du *vindex* prétorien, qu'à profiter de ses travaux sur l'Edit ³.

Si l'on compare le renseignement de Gaius, suivant lequel une action prétorienne *in factum* était donnée *adversus eum qui in jus vocatus, neque venerit neque vindicem dederit*, à la rubrique du titre 6 du livre II du Digeste, IN JUS VOCATI UTE ANT AUT SATIS VEL CAUTUM DENT, il est hors de doute que nous sommes en présence d'une interpolation, et que la rubrique dans l'Edit était conçue en ces termes : IN JUS VOCATI UTE ANT AUT VINDICEM DENT. Il faut donc remplacer par *vindex* le *fidejussor judicio sistendi causa datus* mentionné dans la rubrique et dans les passages du Digeste qui s'y rattachent et qui sont tirés de l'Edit ou de ses commentaires.

L'interpolation est confirmée par la basse latinité de l'expression *cautum dent* de la rubrique (2.6) ⁴. Elle est rendue évidente par les règles mêmes qui se trouvent appliquées dans les fragments au *fidejussor judicio sistendi causa*, qui n'a pu y être introduit qu'après coup, car ces règles ne

3. *Beiträge zur Kunde der Edicts*, déjà cité, p. 43 et ss. et *das Edictum perpetuum*, p. 54 et ss. Ce qui suit est tiré de ces ouvrages.

4. V. KARLOWA, *op. cit.*, p. 330.

peuvent convenir, comme on le verra, à un véritable fidéjusseur⁵. Ces textes interpolés ne peuvent d'ailleurs être rapportés au *vadimonium* dont il était traité pour la première fois beaucoup plus loin dans l'Edit⁶. C'est donc bien le *vindex* qu'ils concernent.

Nous obtenons ainsi sur le *vindex*, de textes rapportés dans le Digeste au *fidejussor judicio sistendi causa*, les renseignements suivants :

1° Il doit être en principe *pro rei qualitate locuples*⁷. Cela est en parfaite harmonie avec le *vindex locuples* de la loi Rubria. Seulement, de certaines *personae necessariae* on doit accepter *qualemcumque* comme *vindex*⁸.

2° Il est tenu d'exhiber, sur le décret du préteur, le défendeur, *reus*, pour le temps indiqué dans ce décret⁹. Si

5. C'est ainsi que l'obligation de ce prétendu *fidejussor* est sanctionnée par une action prétorienne *in factum* sur *quanti ea res erit*, au lieu de l'être par une action *ex stipulatu*, L. 2, § 5, D. 2, 8, L. 3, *eod.* De même, on le verra, la nature même de son obligation ne s'accorde pas avec l'idée qu'elle naît d'une stipulation.

6. Et dans les commentaires des jurisconsultes, ce qui sert aujourd'hui de preuve. ULPEN, liv. 7, PAUL, liv. 6, 7, GAIUS, liv. 2.

De plus, le garant du *vadimonium* a pour objet de son obligation : *reum certo die sisti* ; le « *fidejussor* » est tenu seulement de ceci : le défendeur sera désormais d'une façon générale à la disposition du demandeur ; il ne peut donc être actionné que s'il lui a été enjoint dans un décret du préteur d'exhiber le *reus* à une époque déterminée dans le décret, et si l'exhibition n'a point eu lieu. — Sur le *vadimontum*, v. GAIUS, IV, 183-187.

7. ULPEN, l. 5, *ad Ed.* (L. 2, pr., D., *qui satisd. cog.*, 2, 8). — PAUL, l. I, *ad Ed.* (L. 1, D., 2, 6) et liv. 4, *ad Ed.* (L. 3, D., *in jus voc.*, 2, 6). — GAIUS, l. 1, *ad Ed.*, prov. (L. 5, § I, D., *qui satisd. cog.*, 2, 8).

8. ULPEN, liv. 5, *ad Ed.* (L. 2, § 2, *qui sat. cog.*, 2, 8). — PAUL, *cit.* (L. L. 1 et 3, D., 2, 6).

9. PAUL, l. 4, *ad Ed.* (L. 4, D., *qui sat. cog.*, 2, 8) : *Si decesserit qui fidejussorem dederit judicio sistendi causa, non debet praetor jubere exhibere eum. Quod si ignorans jusserit exhiberi vel post decretum ejus ante diem exhibitionis decesserit, deneganda erit actio. Si autem post diem exhibitionis decesserit aut amiserit civitatem, utiliter agi potest.*

cette exhibition n'a pas lieu, le préteur donne contre lui une action *in factum* tendant à *quanti ea res erit*¹⁰.

3^o Contre l'*in jus vocatus* lui-même qui, après avoir donné un *vindex*, *neque potestatem sui faciet neque defensor*, la *missio in bona* est promise au demandeur¹¹.

Ces données¹² permettent de déterminer le caractère du *vindex* prétorien¹³.

Il en résulte d'abord que le *vindex* ne faisait pas une *promissio reum certo die sisti*, analogue au *vadimonium*. Car, s'il en avait fait une, à quoi bon le décret d'exhibition du préteur, de l'inexécution duquel, d'après la loi 4, D. *qui satisfacere cogantur*, 2, 8, dépend la condamnation du *vindex*? Le jour de l'exhibition aurait été fixé par la *promissio*. Il serait, de plus, incompréhensible que le préteur eût donné contre le *vindex* une action *in factum* tendant à *quanti ea res est*, car de la *promissio* serait déjà née

10. ULPEN, l. 5, *ad Ed.* (L. 2, § 5, D., *qui sat. cog.*, 2, 8). — GAIUS, l. I, *ad Ed. pr.* (L. 3, *eod.*).

11. ULPEN, l. 5, *ad Ed.* (L. 2, D., *quib. ex causis in poss.*, 42, 4).

12. Déjà, François Baudoin qui n'avait pu comparer aux textes du Dig. le § 46 (IV) de Gaius, pensait que le *fidejussor iudicio sistendi causa* du Dig., notamment de la loi 2 (2, 8), n'était autre que le *vindex*. De même Meister. V. plus haut, p. 206, n. 4.

RUDORFF, *Die Processeröffnung nach dem Edict.* (*Zeitsch. f. R. ges.*, IV, 1863, pp. 35 et ss.) et *Edict. Perp.*, § 14, avait reconnu que *fidejussor. jud. s. causa*, est interpolé pour *vindex*, notamment dans la rubrique du D. 2, 6. Mais il n'avait pas su, dans la reconstitution du rôle du *vindex*, tenir compte de tous les textes, notamment de ceux qui indiquent que le *vindex* ne peut être actionné que s'il n'a pas obéi au décret du préteur. V. n. 9.

13. Il n'est tenu aucun compte, dans ce qui précède ni dans ce qui suit, de l'assertion d'AURELIUS VICTOR, *de Caesaribus*, XVI, 9, d'après laquelle Marc-Aurèle aurait entièrement transformé la procédure de citation. Il n'y a pas la moindre trace d'une telle réforme chez les jurisconsultes classiques. L'Édit est encore pour Paul et Ulpén, comme pour Gaius, l'unique base des explications. On ne peut faire entrer en ligne de

une action civile¹⁴. De même, cette action prétorienne prouve de la manière la plus manifeste que le *fidejussor judicio sistendi causa*, contre lequel elle est donnée d'après le Digeste, est interpolé : on n'a pu songer à accorder une action *in factum* contre un fidéjusseur qui pouvait être actionné civilement *ex stipulatu*.

Il est également certain que, sous le système formulaire comme sous le système des actions de la loi, le *vindex* n'était pas un représentant judiciaire, prenant à son compte la défense. En effet, le préteur n'aurait pas pu lui imposer l'exhibition du défendeur, s'il avait représenté ce défendeur. Le préteur n'aurait pas pu davantage promettre éventuelle-

compte avec cette considération le rapport d'un écrivain du V^e siècle qui n'avait guère une connaissance appréciable du droit. Nous avons affaire, sans doute, simplement à l'exagération de la portée d'une décision spéciale relative à la *litis denunciatio*. V. LENEL, *Beiträge*, p. 45, n. 83.

14. Suivant RUDORFF, *Prozesserröffnung* (Z. f. R. g., IV), pp. 36 et ss., la différence entre l'engagement du *vindex* et le *vadimonium* serait que l'engagement du *vindex* intervient pour assurer la première comparution, le *vadimonium*, pour assurer une comparution nouvelle ; et que l'engagement du *vindex* porte sur *quanti ea res erit*, et le *vadimonium*, sauf les cas exceptionnels d'*actio judicati* ou *depensi*, sur *quanti actor juraverit non calumniae causa postulare sibi vadimonium promitti* (encore y avait-il un maximum). V. GAIUS, IV, 183-187. La différence est encore plus considérable et porte sur la nature même de l'engagement.

Il y avait aussi un *vadimonium* extrajudiciaire, convention de se présenter à tel jour en justice, qui semble avoir été le mode d'assurer la comparution usité entre gens de bonne compagnie. On a prétendu que la promesse du *vocatus in jus* de comparaître plus tard, garantie par un *vas*, dispensait l'appelé de suivre *in jus*, et on a voulu remplacer par *vas* le *fidejussor* interpolé au Dig. Nous avons déjà vu que c'est impossible. Il n'est question des *vadimonia* que plus loin dans l'Edit, et il est évident que certains fragments, notamment la L. 2, pr., D. 2, 8, où il est question de *fidejussor locuples*, se rapportaient au *vindex*, non au *vas*. Le *vadimonium* extrajudiciaire ne fonctionnait comme mode de citation que par l'accord des parties, subsidiairement aux autres modes.

ment contre lui un *judicium* sur *quantia res est* ; ce que le demandeur aurait eu contre lui, c'est l'action même du procès.

Cependant, postérieurement même aux travaux de M. Lenel sur l'Edit, M. Gauckler a soutenu que le *vindex* prétorien était un représentant judiciaire de l'appelé¹⁵. Il invoque le passage du livre 1 du Commentaire de Gaius sur les XII Tables (l. 22, § 1, D. *de in jus vocando*, 2, 4) : *qui in jus vocatus est duobus casibus dimittendus est ; si quis ejus personam defendet et si dum in jus venit de se transactum erit*, qu'il rapporte au système formulaire et qu'il rapproche du paragraphe 46 (IV) des Institutes du même Gaius : *adversus eum qui in jus vocatus neque venerit neque vindicem dederit*. Le défenseur du Commentaire des XII Tables, c'est le *vindex* des Institutes, dont le rôle est dès lors bien déterminé : il va suivre le procès à la place du *vocatus*, en courir tous les risques, en supporter toutes les conséquences : *defendere enim est eandem vicem quam reus subire*, dit la loi 51, D. *de procuratoribus et defensoribus*, 3, 3. C'est ce que confirme d'ailleurs la définition que donne Boèce : *vindex igitur est, qui alterius causam suscipit vindicandam, velut quos nunc procuratores vocamus*¹⁶.

En admettant même que le fragment du Commentaire de Gaius sur les XII Tables s'applique à l'époque formulaire, en même temps qu'il relate le droit de l'époque décemvirale, on peut à bon droit conjecturer que la formule inélégante et vague *si quis ejus personam defendet* a été interpolée pour *si quis pro eo vindex sit*. Fût-il certain que le texte primitif de Gaius a été respecté, on pourrait encore

15. GAUCKLER, *op. cit.*, pp. 626 et ss.

16. BOETHIUS, *ad Topica*, II (Orel., p. 291).

dire du *vindex*, qui dispense l'appelé de la comparution immédiate et le soustrait à l'action pénale *in factum*, peut-être même à une *ductio in jus* opérée de vive force, qu'il défend cet appelé, sans entendre par là nécessairement qu'il est son représentant. Le passage de la L. 51, D. 3, 3, que cite M. Gauckler, n'est pas une définition technique générale du mot *defendere*, et, pour être sainement interprété, il ne doit pas être isolé de son contexte.

Surtout, M. Gauckler est obligé de nier les interpolations qui ont substitué *fidejussor judicio sistendi causa* à *vindex* dans les textes cités du Digeste, et de refuser d'admettre que ces textes concernassent primitivement le *vindex*. Mais, si on n'applique pas au *vindex* les textes où il est question du *fidejussor*, pour qui, certainement, ils n'ont pu être écrits, à quelle institution se rapportaient-ils, puisque, d'autre part, ce n'est pas au *vadimonium*? Nous n'avons donc pas le droit de les écarter, et que pèse auprès d'eux la définition d'un philosophe de la fin du V^e siècle de notre ère?

Enfin, nous avons vu que sous les actions de la loi le *vindex* n'était pas un représentant. Quel besoin le préteur aurait-il senti, dans le système formulaire, d'en faire un représentant, quand il y avait déjà et le *cognitor*, et le *procurator*, et le gérant d'affaires qui joue le rôle de *defensor*? On peut même retourner ici contre M. Gauckler l'argument *a priori* par lequel il prétendait établir la qualité de représentant du *vindex* de l'époque des actions de la loi. Ce *vindex* de l'époque des actions de la loi, on l'a démontré, ne pouvait être un représentant; le *vindex* de l'époque formulaire ne pouvait dès lors pas l'être non plus : « car s'il est possible qu'un représentant puisse plus tard

se transformer en une simple caution, l'inverse est inadmissible : en effet, la nécessité de prendre sur soi les suites de l'action est infiniment plus rigoureuse que la responsabilité d'une simple caution : elle doit donc être historiquement antérieure ¹⁷ ».

Le véritable rôle du *vindex* était le suivant : Au moment de l'*in jus vocatio*, il se présentait pour dispenser l'appelé de se rendre immédiatement *in jus*. Il déclarait sans doute à l'appelant sa volonté de le suivre, à la place de l'appelé, en qualité de *vindex*. L'appelant n'était obligé de l'accepter que s'il était *pro rei qualitate locuples* ¹⁸. Pour apprécier la qualité de *locuples*, il fallait tenir compte, non seulement de la situation de fortune du *vindex*, mais encore

17. M. Gauckler tire également argument de la *lex Rubria*, C. XXI, *in fine*, d'après laquelle les magistrats municipaux, incompetents pour le procès, assurent la comparution du défendeur devant la juridiction romaine en le forçant soit à s'engager par un *vadimonium*, c'est-à-dire à promettre sa comparution personnelle, soit à fournir un *vindex locuples*, c'est-à-dire un représentant, ce qui le dispense de la nécessité de plaider en personne. — Suivant M. LENEL, *Edictum*, p. 57, la loi *Rubria* vise deux cas, celui où l'appelé a paru devant les magistrats municipaux et refuse de s'engager par un *vadimonium*, et celui où il n'a pas même paru devant ces magistrats, sans d'ailleurs avoir fourni de *vindex*. — En admettant que la loi punisse le refus de l'appelé, devant les magistrats municipaux, de s'engager par *vadimonium* et de fournir un *vindex*, garant de sa comparution à Rome, on peut expliquer, sans voir dans le *vindex* un représentant, que le choix soit laissé entre le *vadimonium* et la *vindicis datio*. Cela tient au caractère même de l'espèce prévue par la loi *Rubria*, qui est mixte, en quelque sorte : la comparution à Rome, si on considère l'ensemble de la procédure, y compris la citation devant les magistrats municipaux, est une deuxième comparution : il est naturel qu'on puisse l'assurer par un *vadimonium* ; si on ne considère que le procès devant le magistrat romain, c'est une première comparution, au contraire : on comprend qu'elle puisse être garantie par un *vindex*. Il faudrait toutefois admettre pour ce cas quelque modification dans le rôle du *vindex*.

18. PAUL, I, *ad Ed. L. I, D. 2, 6* : *Edicto cavetur ut vindex (D. fidei ussor judicio sistendi causa datus) pro rei qualitate locuples detur*.

de la facilité qu'il y aurait à plaider avec lui au besoin ¹⁹. Mais si le *vocatus* était une des *personae necessariae* indiquées par l'Edit, l'appelant devait accepter comme *vindex* n'importe qui, c'est-à-dire même une personne qui ne fût pas *locuples* ²⁰. C'était une *injuria* que de ne pas accepter un *vindex* évidemment *locuples* ; le *vocatus* emmené *in jus*, bien qu'il eût offert un tel *vindex*, et le *vindex* refusé lui-même, avaient contre l'appelant l'*actio injuriarum* ²¹. Quant à celui qui n'accepte pas le *vindex qualiscumque* fourni par une *persona necessaria*, il est puni d'une amende de 50.000 sesterces ²².

Le *vindex* suivait *in jus* l'appelant à la place du *vocatus*. *In jure*, il se portait répondant qu'il serait possible à l'avenir au demandeur d'avoir le défendeur à sa disposition pour plaider (*reum potestatem sui facturum esse*), il promettait d'exhiber le défendeur à la requête du demandeur. D'ordinaire, mais cela n'était pas nécessaire, il avait dû intervenir une convention entre le *vocans* et le *vocatus* sur le terme de la comparution.

19. ULPEN, l. 5, *ad Edict.* L. 2, pr. D. 2, 8.

20. ULPEN, l. 5, *ad Ed.* L. 2, § 2, D. 2, 8 : *Praetor ait : Si quis parentem, patronum, patronam, liberos aut parentes patroni, patronae, liberos ve suos eum ve quem in potestate habebit, vel uxorem, vel nurum in jus (D. judicium) vocabit : qualiscumque vindex (D. fidej. jud. sist. causa) accipiatur.* — Comp. PAUL, I, *ad Ed.* (L. 1, D. 2, 6) et l. 4 *ad Ed.* (L. 3. D. 2, 6).

21. GAIUS, l. 1, *ad Ed. prov.* l. 5, § 1, D. 2, 8.

22. CALLISTRATUS, l. 1, *ad Ed. monitor.*, l. 2, D. 2, 6. D'après ce texte tel qu'il se trouve au Digeste l'amende serait de 50 *aurei*. D'après l'évaluation ordinaire au Digeste, il faudrait supposer pour l'Edit 50.000 sesterces. Cependant cette même amende 50 *aurei* est prononcée contre qui appelle *in jus* sans autorisation une personne à qui le respect est dû (V. ULPEN, 57, *ad Ed.*, l. 12, D. 2, 4), tandis que Gaius, IV, 46, n'indique pour ce cas qu'une amende de X *milia*. On a essayé de diverses manières de faire cesser ce désaccord. V. LENEL, *Edict.*, p. 57.

Dans quelle forme devait être fournie cette promesse d'exhibition? Nous avons sur ce point deux passages du livre I^{er} des Sentences de Paul; ils se rapportent certainement au *vindex*, car le premier a été placé au Digeste dans le titre de *in jus vocando*, et le second expose le même point de droit que la loi 4, D. *qui satisfacere cogantur*, 2, 8, tirée du livre 4 de Paul *ad Edictum*, et qui est indubitablement relative au *vindex*.

*Eum pro quo quis apud officium cavet, exhibere cogitur; item qui apud acta exhibiturum se esse quem promisit, etsi officio non caveat, ad exhibendum tamen cogitur*²³.

*Qui exhibiturum se aliquem iudicio caverat, mortuo eo pro quo caverat, periculo liberatur*²⁴.

Ainsi, il n'est pas question d'une promesse par stipulation de faire comparaître l'appelé, à fournir au demandeur; il s'agit plutôt, à ce qu'il semble, uniquement d'une promesse d'exhibition sans forme qui était d'ordinaire faite oralement à un *officialis* du préteur²⁵, mais qui pouvait aussi être utilement donnée à l'un de ses scribes au procès-verbal.

Si le défendeur ne comparaisait pas au terme convenu avec le demandeur, ou si, d'une manière générale, on ne pouvait le retrouver, le préteur sur la demande de l'*actor*, ordonnait par un décret au *vindex* de

23. L. 17, D. *de in jus vocando*, 2, 4.

24. *Recept. Sentent.*, I, 13 A, § 1. Compar. l. 4, *qui satisfacere cog.*, 2, 8, du même jurisconsulte. 4, *ad Ed.*: *Si decesserit qui vindicem (D. fidej. judic. sist. causa) dederit, non debet praetor jubere exhibere eum.* — Compar. aux deux fragments des R. S., PAUL, L. 18, *ad Ed.*, L. 28, § 2, D. *de jurejur.*, 12, 2. — Dans le second fragment des R. S. (I, 13, A, § 1), il y aura eu originairement *in jure* au lieu de *in iudicio*.

25. Sur ces *officiales*, V. BETHMANN-HOLLWEG, *Civ. Pro.*, II, p. 157 et s.

produire *in jure* le défendeur²⁶ à un jour déterminé, et, si ce décret ne recevait pas exécution, accordait contre le *vindex* l'*actio in factum* sur *quanti ea res erit*²⁷.

L'*in jus vocatus* de son côté, cela se comprend, n'était pas libéré de l'action par l'obligation qu'avait assumée le *vindex* de le produire. Le préteur exprime cela en promettant contre lui la *missio in bona* s'il se soustrait à la poursuite, *si neque potestatem sui faciet, neque defendetur*²⁸. Ce dernier édit spécial était à la rigueur superflu, car le cas était compris dans les clauses « *qui fraudationis causa latitabit* » et « *qui absens judicio defensus non fuerit* », sous le titre général *QUIBUS EX CAUSIS IN POSSESSIONEM EATUR*²⁹. Cependant cet édit n'a rien de choquant : il pouvait paraître convenable au préteur d'exprimer nettement, tout de suite, dans l'ensemble des prescriptions relatives au *vindex*, que la tentative de faire échouer la poursuite en produisant un *vindex* serait immédiatement punie par la pleine rigueur du droit d'exécution prétorien. On pourrait encore expliquer historiquement notre édit spécial et sa rédaction qui diffère de celle des clauses générales, parce qu'il serait plus ancien que celles-ci : ce qui semble témoigner en ce sens, c'est qu'il est rédigé d'une manière moins précise³⁰.

Le rôle du *vindex* prétorien, tel qu'il apparaît d'après les textes, éclaire et justifie l'hypothèse précédemment

26. PAUL, l. 4, *ad Ed.*, l. 4, D. 2, 8, cité n. 9.

27. ULPIN, l. 5, *ad Ed.*, l. 2, § 5, D. 2, 8, — GAJUS, l. 4, *ad Ed.*, prov., l. 3, D. *cod.*

28. ULPIN, l. 5, *ad Ed.*, l. 2, D. *quibus ex causis in poss.*, 42, 4.

29. V. RUDORFF, *Ed. Perp.*, 199, s.

30. L'expression *potestatem sui non facere* laisse à désirer au point de vue de la netteté. Visiblement Ulpin dans son commentaire, l. 2, §§ 1, 3, D. 42, 4, s'est efforcé de faire coïncider les hypothèses de l'édit spécial avec celles des clauses générales, par voie d'interprétation.

émise sur le rôle du *vindex* du système des actions de la loi, dont il est une dérivation.

Le *vindex* de l'époque des *legis actiones* s'opposait à l'emploi de la force³¹ en déclarant qu'il voulait produire plus tard *in jure* le défendeur : cela résulte de l'obligation qui est imposée au *vindex* d'après l'Edit. Quant au détail du procédé, il est invraisemblable que le *vindex*, par son intervention même, sans plus, devînt garant de la valeur du litige, car il y aurait eu contre lui dans le droit postérieur une action civile au lieu d'une action prétorienne *in factum*. Sans doute, il suivait l'appelant devant le magistrat. Là, quand le demandeur avait énoncé solennellement sa prétention, le *vindex*, non moins solennellement³², promettait d'exhiber plus tard le défendeur, peut-être dans un délai légal qu'aura remplacé par la suite le *jubere exhibere* prétorien. Qu'en outre, pour le cas où il ne produirait pas le défendeur, il se rendît garant de la valeur du litige, ou qu'il promît une somme fixe, à titre de peine, il n'y a point lieu de le croire, car, certainement, dans ce cas, des stipulations eussent, dans le droit postérieur, pris la place des anciennes formes solennelles de promesse, et on ne pourrait par conséquent s'expliquer l'*actio in factum*^{32 bis}. Il faut plutôt admettre qu'au cas de non-production du défen-

31. Il ne pouvait certainement pas intervenir dans l'ancien droit avant la *manus injectio* ; c'est elle qu'il dénonce comme une violence injuste, et, tant que le demandeur n'en vient point aux extrémités, une protection n'est pas nécessaire à l'appelé. On a pu, par la suite, abandonner ce formalisme.

32. Les *vadimonia* de l'ancien droit, aussi, n'étaient point fournis dans la forme d'une *sponsio*, mais dans quelque autre forme solennelle qui tomba en désuétude. Cela résulte clairement d'AULU-GELLE, XVI, 40, 8. Comp. KARLOWA, *op. cit.*, p. 324.

32 bis. En sens contraire v. MAX RUEMELIN, *op. cit.*, p. 79 et n. I.

deur, le *vindex* pouvait être simplement arrêté par le demandeur, de même que le défendeur qui a obéi à l'*in jus vocatio*, mais qui ne peut faire garantir sa comparution nouvelle par des *vades*³³. Puis, ce pouvait être l'affaire du *vindex* de faire cesser son arrestation, soit en procurant enfin la comparution du défendeur, soit en satisfaisant le demandeur³⁴. Au moins, il faut croire que le *vindex* pouvait se rendre libre, en payant la valeur du litige. Quant à une véritable *legis actio per manus injectionem*, il ne faut pas la supposer non plus, car rien dans le droit postérieur ne donne à penser qu'il y en ait eu une. L'*actio in factum* du préteur remplaça ensuite la rigueur du droit civil.

Dans le système de la procédure extraordinaire l'*in jus vocatio* perdit son caractère privé pour prendre un caractère public. En même temps le *vindex* disparut, mais ce ne fut pas sans laisser de traces puisque nous trouvons dans le Digeste de Justinien les règles du *vindex* prétorien appliquées au « *fidejussor judicio sistendi causa* ».

Dans le droit de Justinien, celui qui veut intenter une action adresse au magistrat compétent un écrit, *libellus conventionis*, où sa prétention est exposée en bref. Le magistrat peut immédiatement le refuser ; s'il l'accepte, il le fait remettre au défendeur par un huissier, *executor*. Cet

33. PLAUTE, *Persa*, II, 4, 18. Comp. KARLOWA, p. 323 et s.

34. Il est intéressant de comparer le droit anglais, tel qu'il est exposé dans BLACKSTONE, *loc. cit.* : *When the defendant (contre lequel un capias ad respondendum a été délivré) is regularly arrested, he must either go to prison, for save custody, or put in special bail to the sheriff (vindex)*. Ces répondants donnent *security for his apparance*. Comp. BLACKSTONE, *loc. cit.*, RUETTIMANN, *op. cit.*, § 198 et s. Le *bail to the sheriff* s'offre-t-il comme *bail to the action (cautio judicatum solvi)*, il peut lui-même forcer l'appelé à la comparution ; il est ensuite *at all times entitled to a warrant to apprehend him*.

huissier, chargé d'assurer la comparution du défendeur, a le droit d'exiger de celui-ci, outre un *libellus responsionis* qui prouve qu'il a reçu la citation, une promesse de comparaître, qui doit être garantie d'ordinaire par un *fidejussor judicio sistendi causa*. Si la *satisfactio judicio sisti* n'est pas fournie, l'huissier peut arrêter le défendeur et le garder à la disposition du magistrat. Le *fidejussor judicio sistendi causa*, son nom l'indique, garantit la comparution du défendeur, non seulement à la première audience, comme autrefois le *vindeur*, mais pendant le cours du procès ; en ce dernier point son engagement a le même objet que le *vadimonium*. Aussi comprend-on que, tout en lui appliquant les règles du *vindeur*, Justinien lui ait donné un autre nom, différent aussi de *vadimonium* : de là le terme *fidejussor judicio sistendi causa*.

Vu :

Le Président de la thèse,
P. F. GIRARD.

Vu :

Le Doyen,
COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

BIBLIOGRAPHIE

- Balduinus** (Franciscus). — *Libri duo ad leges Romuli, leges XII Tabularum*. Lugduni, MCL.
- Bekker**. — *Die Aktionen*. Berlin, 1871-73.
- Bethmann-Hollweg** (M. A. von). — *Der römische Civilprozess*. Bonn, 1864.
- Bourcart**. — V. Muirhead.
- Bruns**. — *Fontes iuris romani antiqui*. Edit.sexta cura Th. Mommsen et Ot. Gradenwitz.
- Cuënot** (Henry). — *La sentence du juge et sa réalisation dans l'actio sacramenti in rem*. Nouvelle Revue historique de droit, XVII, Paris, 1893.
- Cuq** (Edouard). — *Les institutions juridiques des Romains. L'ancien droit*. Paris, 1891.
- Debray** (Louis). — *La représentation en justice par le cognitor* (Thèse, Paris, 1892).
- Demelius** (Gustav). — *Die confessio in römischen Civil-Process*. Graz, 1880.
- *Plautinische Studien*. Zeitschrift für die Rechtsgeschichte, I, 1861.
- *Der vindex bei der in jus vocatio*. Zeitschrift der Savigny Stiftung, f. R. G. II, Weimar, 1881.
- Dirksen**. — *Kritik und Herstellung der Zwölf Tafeln Frg.* Leipzig, 1824.
- Dubois**. — *Institutes de Gaius*. Paris, 1881.
- Esmein** (Ad.). — *Étude sur les contrats dans le très ancien droit français*. Paris, 1883.
- Exner**. — *Die Stelle ueber die Manus Injectio in der lex Coloniae Juliae Genetivae*. Zeitschrift für Rechtsgeschichte, XIII, Weimar, 1878.
- Gauckler**. — *Étude sur le vindex*. Nouvelle Revue historique de droit, XIII, 1889.
- Gérardin**. — *Étude sur la solidarité*. Paris, 1885.
- Girard** (P. F.). — *La date de la loi Aebutia*. Zeitschrift der Savigny Stiftung, XIV, 1893.
- *Process-Gesetze (Wlassak), compte rendu*. Nouvelle Revue historique de droit, XIII, 1889.
- *Textes de droit romain*. Paris, 1895.
- *Droit public romain*. V. Mommsen.
- Giraud** (Charles). — *Nouveaux bronzes d'Ozuna, Deuxième article*. Journal des savants, décembre 1876.
- Gothofredus** (Jacobus). — *Fontes Quatuor juris civilis. Opera juridica minora*. Lugduni Batavorum, MDCCXXXIII.

- Gradenwitz.** — *Zwangsvollstreckung und Urtheilssicherung*. Festgabe für Rud. von Gneist zum Doctorjubiläum. Berlin, 1888.
- Huschke.** — *Ueber das Recht der Nexum*. Leipzig, 1846.
— *Die Multa und das Sacramentum*. Leipzig, 1874.
- Ihering.** — *Esprit du droit romain* (trad. de Meulenaere). Paris, 1886.
— *Geist des römischen Rechts* (4^e édit.). Leipzig, 1888.
— *De la faute en droit privé* (trad. de Meulenaere). Paris, 1880.
— *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*. Leipzig, 1885.
- Karlowa.** — *Römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*.
- Keller.** — *De la procédure civile et des actions chez les Romains* (trad. Capmas). Paris, 1870.
— *Actionen*, 6^e édition (Wach).
- Kipp.** — *Hugo Krueger. Geschichte der capitis diminutio*. (*Litteratur*). Zeitschrift der Savigny Stiftung, IX, 1888.
- Krueger** (Hugo). — *Geschichte der capitis diminutio*. Breslau, 1887.
- Lenel.** — *Beiträge zur Kunde des Edicts*. Zeitschrift der Savigny Stiftung, II, 1881.
— *Das Edictum perpetuum*. Leipzig, 1883.
- Meisterus.** — *Vindex et vas. Selectorum opusculorum sylloge*. Gottingae, 1766.
- Mommsen.** — *Le droit public romain* (trad. par P.-F. Girard). Paris, 1889-1891.
— *Legis Coloniae Juliae Genetivae fragmenta nova*. Ephemeris epigraphica, III. Berolini, 1877.
— V. Bruns.
- Muirhead.** — *Introduction historique au droit privé de Rome* (trad. par Bourcart). Paris, 1889.
- Politis** (Nicolas). — *Les triumvirs capitaux*. Thèse, Paris, 1894.
- Re.** — *Le Nuove Tavole di Osuna*. Archivio Giuridico, XIX. Pisa, 1877.
- Rudorff.** — *Römische Rechtsgeschichte*. Leipzig, 1857-59.
— *Ueber die Litiscrescenz*. Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, XIV. Berlin, 1848.
— *Die Prozessöffnung nach dem Edict*. Zeitschrift für Rechtsgeschichte, IV. Weimar, 1864.
- Ruemelin** (Max). — *Zur Geschichte der Stellvertretung im römischen Civilprocess*. Freiburg, 1886.
- Schoell.** — *Legis XII Tabularum reliquiae*. Leipzig, 1866.
- Unger.** — *Der Prozess mit dem Vindex bei der Manus Injectio*. Zeitschrift für Rechtsgeschichte, VII, 1868, pp. 192 et ss.
- Voigt** (Moritz). — *Die Zwölf Tafeln*. Leipzig, 1883.
- Wach.** — V. Keller.
- Wlassak.** — *Römische Prozessgesetze*. Leipzig, 1888.
- Zimmern.** — *Traité des actions* (trad. par Etienne). Paris, 1843.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION. — Les origines du vindex.	1
PREMIÈRE PARTIE. — Le vindex dans la legis actio per manus injectionem.	19
CHAPITRE PREMIER. — De la nécessité d'un vindex dans la legis actio.	19
CHAPITRE II. — Le rôle du vindex. — Conceptions générales de ce rôle. — Ses rapports avec la représentation judiciaire,	42
CHAPITRE III. — L'intervention du vindex	95
§ 1. — <i>Lieu, moment et formes de l'intervention</i>	95
§ 2. — <i>Effets de l'intervention</i>	120
§ 3. — <i>Qui peut intervenir ?</i>	143
CHAPITRE IV. — Le procès entre le manum injiciens et le vindex, et ses conséquences	150
§ 1. — <i>Le procès</i>	150
§ 2. — <i>La condamnation</i>	164
§ 3. — <i>Le recours du vindex</i>	182
APPENDICE	193
DEUXIÈME PARTIE. -- Le vindex dans l'in jus vocatio	201
CHAPITRE PREMIER. — Le vindex dans le système des actions de la loi	202
CHAPITRE II. — Le vindex dans le système formulaire	234

Imp. G. Saint-Aubin et Thevenot, — J. THEVENOT, successeur, St-Dizier (Haute-Marne).
